

الوسيط
في شرح القانون الملحق بالجدول
(٢)

نظرية
الاستنزام بوجه عام

الأثبات - آثار الأثر

تأليف

عبد الرزاق أحمد السنهوري

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلوماسي من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

١٩٥٦

دار النشر للجامعات المصرية
٤ شارع شريف بالقاهرة

خطة البحث

١ - إقامة نظرية الالتزام على فكرة التصرف القانوني والواقعة القانونية

١ - التصرف القانوني والواقعة القانونية والتمييز فيما بينهما : اتجه

الفقه الحديث إلى العناية بالتمييز بين التصرف القانوني (acte juridique) والواقعة القانونية أو المادية (fait juridique, matériel) بعد أن أحس الأهمية البالغة لهذا التمييز^(١).

فالتصرف القانوني هو الإرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين ، فيرتب القانون عليها هذا الأثر . مثل ذلك العقد ، فهو تصرف قانوني يقوم على تطابق إرادتين ، وقد ينشئ الحقوق الشخصية أو يكسب الحقوق العينية . ومثل ذلك أيضاً الوصية ، فهي تصرف قانوني يقوم على إرادة منفردة ، ويكسب الحقوق العينية . والوفاء والإبراء ، الأول تصرف قانوني يقوم على تطابق إرادتين ، والثاني تصرف قانوني يقوم على إرادة منفردة ، وكلاهما يقضي الحقوق الشخصية . والنزول عن حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن ، وهو إرادة منفردة ، يقضي الحقوق العينية . وإجازة العقد القابل للإبطال ، وقبول المنتفع لما اشترط في مصلحته ، وإقرار رب العمل لتصرف الفضولي ، كل هذه تصرفات قانونية ، وفيها جميعاً نرى إرادة منفردة تتجه لإحداث أثر قانوني : تصحيح العقد القابل للإبطال ، أو تأكيد الحق الشخصي الناشئ من الاشتراط لمصلحة الغير وجعله غير قابل للنقض ، أو تحويل الفضولي إلى وكيل . ونرى من ذلك أن التصرف القانوني ، سواء قام على تطابق إرادتين أو قام على إرادة منفردة ، قد ينشئ

(١) لانقصد إلى معالجة موضوع التصرف القانوني والواقعة القانونية ، فهو موضوع جد دقيق ، وليس مكانه هنا . وقد سبق أن عالجناء في دروس ألقيناها بقسم الدكتوراه بجامعة القاهرة ، وهي الدروس التي سنشير إليها من وقت إلى آخر . وسبق أيضاً أن أشرنا إلى التمييز ما بين التصرف القانوني والواقعة القانونية ، وإلى أنهما هما المصدران لجميع الروابط القانونية ، في كتابنا «نظرية العقد» وفي الجزء الأول من هذا «الوسيط» .

الحقوق الشخصية ، وقد يكسب الحقوق العينية ، وقد يقضيها جميعاً ، وقد يرتب آثاراً قانونية أخرى .

والواقعة القانونية هي واقعة مادية يرتب القانون عليها أثراً . وقد رأينا في الجزء الأول من هذا الكتاب أنها قد تكون واقعة طبيعية لا دخل لإرادة الإنسان فيها كالموت ، وقد تكون واقعة اختيارية حدثت بإرادة الإنسان كالبناء والغراس . وإذا كانت واقعة اختيارية ، فقد يقصد الإنسان من ورائها إحداث الأثر القانوني المترتب عليها كالاستيلاء والحيازة ، وقد لا يقصد هذا الأثر كدفع غير المستحق ، وقد يقصد عكس هذا الأثر كالعمل غير المشروع . وسواء كانت الواقعة القانونية طبيعية أو اختيارية ، وسواء قصد أثرها القانوني أو لم يقصد أو قصد عكسه ، فهي دائماً واقعة مادية ، وليست إرادة كما هي الحال في التصرف القانوني . وقد تنشئ الواقعة القانونية الحقوق الشخصية ، كما هو الأمر في العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب . وقد تكسب الحقوق العينية ، كما هو الأمر في الحيازة والموت (الميراث) . وقد تقضي الحقوق الشخصية ، كما في اتحاد الذمة . وقد تقضي الحقوق العينية ، كما في الترك (abandon) . وقد تحدث آثاراً قانونية أخرى ، كما في القرابة وهي مانع من موانع الزواج ، وفي الجوار ويحد من استعمال حق الملكية ، وفي نزع الحيازة ويترتب عليه قطع التقادم ، وفي حالة القصر ويترتب عليها وقف التقادم ، وفي إلحاق المنقول بال عقار لخدمته ويحول المنقول إلى عقار بالتخصيص . فالواقعة القانونية ، كالتصرف القانوني ، قد ينشئ الحقوق الشخصية ، وقد يكسب الحقوق العينية ، وقد يقضيها جميعاً ، وقد يرتب آثاراً قانونية أخرى .

والمقابلة فيما بين التصرف القانوني والواقعة القانونية هي ، كما قدمنا ، مقابلة ما بين الإرادة والعمل المادي . فحيث تمحضت الإرادة لإحداث أثر قانوني فأحدثه القانون ، فثم تصرف قانوني . وحيث وقع عمل مادي ولو خالطته الإرادة فترتب عليه القانون أثراً ، فثم واقعة قانونية . وقد أشرنا في الجزء الأول من هذا الكتاب إلى ما يتوسط التصرف القانوني والواقعة القانونية من واقعة مختلطة كالاستيلاء ، وواقعة مركبة كالشفعة .

٢ — التصرف القانوني والواقعة القانونية هما المصدران اللذان

ينشأ به كل الحقوق وكل الروابط القانونية : رأينا فيما قدمناه كيف أن التصرف القانوني والواقعة القانونية يمتدان إلى آفاق واسعة ، ويخلقان في جميع نواحي القانون . فهما المصدران اللذان ينشأان الحق الشخصي ، وهما المصدران اللذان يكسبان الحق العيني ، وهما اللذان يقضيان كلا من الحق الشخصي والحق العيني ، ويرتبان فوق ذلك آثاراً أخرى غير كسب الحقوق وقضاؤها . ولا ينحصر أثرهما في دائرة المعاملات المالية ، بل يجاوزها إلى دائرة الأحوال الشخصية . ولا يقفان عند حدود القانون الخاص ، بل إن لهما أثراً بالغ الأهمية في ميدان القانون العام . فآية ناحية من نواحي القانون استعرضتها إلا وتجد التصرف القانوني والواقعة القانونية هما العنصران الأساسيان في الروابط القانونية المشتبكة . والقانون جميعه يتلخص في مسألتين : الحق ومصدره . وإلى اليوم نحن نرتب مسائل القانون من ناحية الحق ، فنجعل هذه المسائل تتجمع حول الحق الشخصي وحول الحق العيني ، ونقسم مباحث القانون إلى قسمين رئيسيين ، أحدهما يتناول نظرية الالتزام والعقود أي الحقوق الشخصية ، والآخر يتعلق بالحقوق العينية من أصلية وتبعية . وهذا هو الترتيب التقليدي الذي جرى عليه التقنين المدني الجديد . فهل حان الوقت لنختط خطة أخرى ، فنرتب مسائل القانون من ناحية مصدر الحق ، لا من ناحية الحق ذاته ؟ ومصدر الحق هو التصرف القانوني والواقعة القانونية كما رأينا ، فتتوزع جميع مسائل القانون عليهما ، وتنقسم مباحث القانون إلى قسمين رئيسيين غير القسمين الأولين ، أحدهما يختص بنظرية التصرف القانوني والآخر بنظرية الواقعة القانونية ؟

هذا ما ينادى به بعض الفقهاء ، وما حاوله في مدى ضيق محدود ، وفي غير حظ كبير من التوفيق ، لجنة تنقيح التقنين المدني الفرنسي^(١) . وقبل أن نتخذ موقفاً في هذه المسألة الدقيقة ، ننظر كيف يكون ترتيب مسائل القانون إذا نحن أقمنا هذا الترتيب على فكرة التصرف القانوني والواقعة القانونية .

(١) انظر « التصرف القانوني والواقعة القانونية » وهي الدروس التي ألقيناها بقسم الدكتوراه بجامعة القاهرة وسبقت الإشارة إليها ص ٦٣ — ص ١١١ وص ١٣٥ — ص ١٤٠ .

٣- ترتيب مسائل القانون على أساس فكرة التصرف القانوني

والواقعة القانونية : ونرسم هنا الخطوط الرئيسية لترتيب جديد لمسائل القانون على أساس فكرة التصرف القانوني والواقعة القانونية ، بدلا من قيامه على فكرة الحق الشخصي والحق العيني ، لنرى ما يؤدي إليه هذا التقسيم الجديد من النتائج . وقد سبق أن رسمنا الخطوط الرئيسية لهذا الترتيب الجديد على النحو الآتي (١) :

تقسم مسائل القانون المدني في المعاملات إلى قسمين رئيسيين : القسم الأول في التصرف القانوني والقسم الثاني في الواقعة القانونية . ويتفرع كل من هذين القسمين إلى بابين : الباب الأول في أركان التصرف أو أركان الواقعة ، والباب الثاني في آثار كل منهما .

وتعالج في باب أركان التصرف القانوني المسائل الآتية (١) الإرادة ومظهر التعبير عنها — الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة (٢) الشكل (٣) الأهلية (٤) عيوب الإرادة (٥) أوصاف الإرادة من شرط وأجل وتضامن وعدم قابلية للانقسام (٦) المحل وتعددده من محل تخييرى ومحل بدلى (٧) السبب ، وهنا يدرس التصرف المجرد (٨) إثبات التصرف القانوني .

وتعالج في باب آثار التصرف القانوني : (أ) الآثار بالنسبة إلى الأشخاص (ب) الآثار بالنسبة إلى الموضوع . وفي الآثار بالنسبة إلى الأشخاص تعالج المسائل الآتية : (١) النيابة في التعاقد (٢) الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير (٣) الخلف الخاص (٤) الخلف العام (٥) الدائن — وفي الآثار بالنسبة إلى الموضوع تعالج المسائل الآتية : (١) إنشاء الالتزام (العقد والإرادة المنفردة) (٢) نقل الالتزام (حوالة الحق وحوالة الدين) . (٣) إنهاء الالتزام ، ويبحث هنا الوفاء (بما يتضمنه من تنفيذ عيني وتعويض وإكراه مالى) كما يبحث التجديد والإبراء ، لأن هذه الأسباب الثلاثة لانقضاء الالتزام هي تصرفات قانونية (٤) إنشاء الحق العيني ونقله وإنهاؤه (العقد والوصية والتنازل) (٥) أى أثر قانوني آخر كالأثار التى تترتب على الأعذار والأجازة وإقرار العقد .

(١) « التصرف القانوني والواقعة القانونية » دروس الدكتوراه المشار إليها — ص ١٤١ —

وتعالج في باب أركان الواقعة القانونية المسائل الآتية : (١) التمييز الدقيق ما بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني (٢) الوقائع البسيطة والمركبة والمختلطة (٣) محاولة حصر الوقائع القانونية (٤) إثبات الواقعة القانونية .

وتعالج في باب آثار الواقعة القانونية المسائل الآتية : (١) إنشاء الالتزام ، وهنا تبسط القواعد المتعلقة بالعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والوقائع الأخرى التي يرتب القانون عليها إنشاء الالتزام (٢) إنهاء الالتزام ، وهنا تبسط القواعد المتعلقة بالمقاصة واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ والتقادم ، لأن هذه الأسباب الأربعة لانقضاء الالتزام هي وقائع مادية (٣) إنشاء الحق العيني ونقله وإنهاؤه ، وهنا تبسط القواعد المتعلقة بالاستيلاء والميراث والالتصاق والشفعة والحيازة والتقادم (٤) أي أثر قانوني آخر ، كقطع التقادم بترك الحيازة ووقفه لمانع قانوني وانتقال الرهن إلى التعويض بهلاك العين المرهونة .

٤ — مزايا هذا الترتيب وعيوبه : ولا شك في أن هذا الترتيب الجديد يحدث انقلاباً خطيراً في الخطط المألوفة لمعالجة هذه المسائل . فهناك مسائل تقاربت بعد أن كانت متباعدة ، كما هو الأمر في الجمع ما بين الإرادة وأوصافها من شرط وأجل وتضامن وعدم قابلية للانقسام ، وكما هو الأمر في التقريب ما بين المحل وتعددده من محل تخيري ومحل بدلي ، وفي هذا كله وضوح أكبر . وهناك مسائل تباعدت بعد أن كانت متقاربة ، كما هو الأمر في التباعد ما بين مصادر الالتزام إذ العقد والإرادة المنفردة يعالجان في التصرف القانوني والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب يعالجان في الواقعة القانونية ، وفي هذا تنسيق أدق ، وكما هو الأمر في التباعد ما بين أسباب انقضاء الالتزام فالوفاء والتجديد والإبراء أسباب انفصلت عن أسباب أخرى مماثلة هي المقاصة واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ والتقادم ، وهذا التشتيت لأجزاء الموضوع الواحد ينطوي على شيء من الغموض . ومن ثم كانت هذه التغيرات الأساسية من شأنها ، كما قدمنا ، أن تطمس معالم النظريات المألوفة . وهي تختلف في حظها من التوضيح ، فبعضها يجعل الغامض واضحاً ، وبعضها يقلب الواضح غامضاً .

على أن شيئاً في وسط هذه التحويرات الخطيرة يبرز في وضوح . هو أنه لا يمكن الاستغناء مطلقاً عن نظرية للالتزام في ذاته ، لتبين حقوق

الدائن في أموال مدينه ، ولتقرر أن مجموع هذه الأموال ضمان عام للدائن ، ولتحدد ما للدائن من دعاوى بالنسبة إلى هذه الأموال . كما لا يمكن الاستغناء عن استعراض الحقوق العينية ، الأصلية منها والتبعية ، حقاً حقاً ، لتقرير مقومات كل حق وخصائصه وآثاره (١) .

ونحن ممن يؤمنون بأن نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية لا بد من صياغتها نظرية شاملة تنتظم جميع نواحي القانون ، بل نحن من العاملين على ذلك والمساهمين فيه بما في الجهد من طاقة . ولكن حتى اليوم لم يوفق الفقه المصري ولا الفقه الفرنسي إلى صياغة هذه النظرية . لذلك لا نرى بداً - في الحالة الحاضرة للفقه - من التزام الترتيب التقليدي لمسائل القانون ، وإقامة هذا الترتيب على فكرة الحق الشخصي والحق العيني لا على فكرة التصرف القانوني والواقعة القانونية . وهذا ما جرينا عليه في الجزء الأول من هذا الكتاب ، فعالجنا مصادر الالتزام ، وجمعنا في صعيد واحد ما بين التصرف القانوني في العقد والإرادة المنفردة وبين الواقعة القانونية في العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب .

٢ - الرجوع إلى التقسيم التقليدي - مصادر الالتزام

والالتزام في ذاته

٥ - نظرية الالتزام - مصادر الالتزام والالتزام في ذاته :

سبق إذن أمناء على التقسيم التقليدي ، ما دامت نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية لم تتم صياغتها . فالمعاملات المدنية تدور كلها حول قسمين رئيسيين : الحق الشخصي (نظرية الالتزام) والحق العيني .

ونظرية الالتزام بدورها تتناول مصادر الالتزام - وقد فرغنا من معالجتها - ثم الالتزام في ذاته ، وهو ما نعالجه الآن .

(١) « التصرف القانوني والواقعة القانونية » دروس الدكتوراه المشار إليها ص ١٤٢ -

٦ - الالتزام في ذاته : والالتزام في ذاته - مجرداً عن مصدره - هو موضوع دراستنا في الجزئين الثاني والثالث من هذا (الوسيط) .

ذلك أن الالتزام - أيا كان مصدره - يمكن النظر إليه في ذاته من حيث إنه يولد آثاراً قانونية ، سواء في صورته البسيطة أو في صورة أخرى معدلة بما يلحقه من الأوصاف ، ومن حيث جواز انتقاله من دائن إلى دائن أو من مدين إلى مدين ، ومن حيث انقضاؤه فان مصير كل التزام إلى الزوال . وقبل هذا وذاك يجب إثبات الالتزام إذا وقع فيه نزاع حتى يتمكن الدائن من المطالبة به .

فيجتمع لنا إذن أقسام خمسة : (١) آثار الالتزام (٢) أوصاف الالتزام (٣) انتقال الالتزام (٤) انقضاء الالتزام (٥) إثبات الالتزام .

٧ - تقديم قسم الإثبات : ونبدأ بقسم الإثبات ، ثم تعقبه الأقسام الأخرى .

وقد قدمنا الإثبات على غيره من الأقسام - خلافاً للمألوف - لأن الإثبات إنما ينصب على مصادر الالتزام لا على الالتزام ذاته . وقد فرغنا من معالجة هذه المصادر ، فيكون منطقياً أن نعالج عقب ذلك مباشرة طرق إثباتها . بل إن الإثبات لا ينصب على مصادر الالتزام فحسب ، إذ هو يتناول التصرف القانوني والواقعة القانونية في مجموعهما وفيما يترتب عليهما من توليد جميع الآثار القانونية في كل نواحي القانون . فنظرية الإثبات إذن نظرية عامة ، مثلها في ذلك مثل التصرف القانوني والواقعة القانونية . ومكانها الطبيعي إنما هو في القسم العام من التقنين . فاذا لم يتيسر ، لأسباب عملية سيأتي ذكرها ، معالجتها في مكانها الطبيعي ، ولم يتيسر كذلك معالجتها قبل نظرية الالتزام - وقد كان هذا أيضاً منطقياً إذ هي تتناول إثبات الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء - فلا أقل من معالجتها ، بعد أن وضعت في نظرية الالتزام ، عقب مصادر الالتزام ، إذ الإثبات ينصب كما قدمنا لا على الالتزام بل على مصدره . كذلك يبدو طبيعياً ، قبل أن نتكلم في آثار الالتزام وأوصافه وانتقاله وانقضائه ، أن نبين كيف يثبت وجود هذا الالتزام إذا توزع فيه .

فالترتيب الذى سنجرى عليه فى معالجة هذه الأقسام الخمسة هو إذن البدء بالإثبات ، ويعقبه الآثار فالأوصاف فالانتقال فالانقضاء . ونحن فى هذا نتابع تبويب التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا تقديم قسم الإثبات على الأقسام الأخرى للاعتبارات التى قدمناها .

٨ - موضوعات هذا الجزء الثانى من الوسيط : وقد كان منطقياً

أن نجمع هذه الأقسام الخمسة فى جزء واحد ، لنقابل بذلك مصادر الالتزام ، وقد عولجت فى الجزء الأول ، بالالتزام فى ذاته ويتناول هذه الأقسام الخمسة . ولكننا تبيننا أن جزءاً واحداً يضيق بجميع هذه الأقسام . فلم يسعنا إلا أن نفرّد الجزء الثانى من الوسيط لقسمين منها - قسم الإثبات وقسم الآثار - مرجئين الأقسام الثلاثة الأخرى - الأوصاف والانتقال والانقضاء - لمعالجتها فى الجزء الثالث .

القِسْمُ الْأَوَّلُ

الاثبات

خطة البحث

٩ - نقدم للإثبات بنظرة عامة في تعريفه ومكانه في القانون والمبادئ الرئيسية التي تقوم عليها قواعده . ونستعرض في القسم الثاني من هذه المقدمة مسائل الإثبات الثلاث : محل الإثبات ومن يحمل عبئه وطرقه المختلفة .

فاذا ما تهيأت للقارئ فكرة عامة عن الإثبات في جملته ، عالجنا مسائله بالتفصيل في أبواب ثلاثة . نبحث في الباب الأول منها الكتابة ، وفي الباب الثاني البينة والقرائن القضائية ، وفي الباب الثالث الإقرار واليمين والقرائن القانونية ويدخل فيها حجية الأمر المقضي . وسنبين في نهاية المقدمة الأساس الذي يقوم عليه هذا التبويب .

مقدمة (*)

§ ١ - نظرة عامة في الاثبات

أولا - تعريف الاثبات وأهميته ومكانه في القانون

١ - تعريف الاثبات وأهميته :

١٠ - تعريف الاثبات : الإثبات - بمعناه القانوني - هو إقامة الدليل

(*) بعض المراجع الأساسية : بونيه (Bonnier) في الإثبات في القانون المدني والقانون الجنائي سنة ١٨٨٨ - راؤول دي لا جراسيري (Raoul de la Grasserie) في الإثبات في المواد المدنية والجنائية في القانون الفرنسي والتشريعات الأجنبية سنة ١٩١٢ - تفنيه (Thevenet) تعديل جديد في النظرية التقليدية للإثبات (المجلة العامة ١٩٣٤ ص ١٢٧) - للدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات في القانون المقارن رسالة من باريس سنة ١٩٢٤ (بالفرنسية) - جان دابيا (Jean Dabia) في صياغة الدليل القانوني وبخاصة في القانون المدني سنة ١٩٣٥ - الدكتور علي راشد في الاقتناع الشخصي للقاضي رسالة من باريس سنة ١٩٤٢ (بالفرنسية) - جورف (Gorphe) في تقدير الأدلة أمام القضاء سنة ١٩٤٧ - رويلوس (Reulos) في نظرية الإثبات والطرق الفنية الحديثة في نسخ المستندات (المجلة الفصلية في القانون التجاري سنة ١٩٤٨ ص ٦٠٨) - هنري موتلسكي (Henri Motulsky) في المبادئ العامة لتطبيق القانون الخاص تطبيقاً منهجياً باريس سنة ١٩٤٨ - جاك فلور (Jacques Flour) بعض الملاحظات على تطور الأوضاع الشكلية (متفرقات ريبير سنة ١٩٥٠ ص ٩٣) - روجيه ديكوتينييس (Roger Decottignies) في القرائن في القانون الخاص باريس سنة ١٩٥٠ . وهذا غير المؤلفات المبسطة المعروفة في شرح القانون المدني الفرنسي ، ونذكر منها بنوع خاص : أوبري ورو وبارتان جزء ١٢ طبعة خامسة - بودري وبارد الجزآن الثالث والرابع طبعة ثالثة - بلانيول وريبير وجابولد الجزء السابع طبعة ثانية - بيدان وپرو الجزء التاسع طبعة ثانية - دي پاچ (في شرح القانون البلجيكي) الجزء الثالث طبعة ثانية - وغير المؤلفات اللوجيزة المعروفة : بلانيول وريبير وبولانجيح طبعة ثالثة - كولان وكايتان وجوليو دي لامورانديير (طبعة عاشرة) - چوسران طبعة ثانية .

وفي الفقه المصري : الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات =

أمام القضاء ، بالطرق التي حددها القانون ، على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها (١) .

١١ — ما يستخلص من هذا التعريف — أهمية الإثبات : ويستخلص من هذا التعريف الأمور الأربعة الآتية :

(١) الإثبات بمعناه القانوني هو غير الإثبات بمعناه العام . فالإثبات بالمعنى العام لا يتخصص بأن يكون أمام القضاء ولا بأن يكون بطرق محددة . بل هو طليق من هذه القيود . فالباحث في التاريخ يستجمع أدلته على صحة الوقائع التاريخية التي يقررها من المستندات التي تحت يده أو من أية طريقة أخرى يراها كافية للإثبات . وهذا هو شأن الباحث في أي علم . وقد غلب على العلم في تطوراته الأخيرة أن تكون أدلته تجريبية ، يتلمسها الباحث في المعامل وعن طريق الاستقصاء والاستخلاص الصحيح من الإحصاءات الدقيقة . فالإثبات التاريخي ، والإثبات العلمي ، والإثبات بوجه عام ، لا ترد عليه قيود الإثبات القضائي .

ويختلف الإثبات القضائي عن الإثبات غير القضائي من وجوه . فالإثبات القضائي مقيد في طرقه وفي قيمة كل طريقة منها . أما الإثبات غير القضائي فلا قيد عليه كما قدمنا . والإثبات القضائي متى استقام ملزم للقاضي ، فيتعين عليه أن يقضى بما يؤدي إليه هذا الإثبات من النتائج القانونية ، وإلا كان في امتناعه نكول عن أداء العدالة (déni de justice) . أما الإثبات غير القضائي فلا يتعين فيه على الباحث أن يأخذ بنتائج محددة ، بل هو حر في البحث . ثم إن ما ثبت عن طريق القضاء يصبح حقيقة قضائية يجب التزامها ولا يجوز الانحراف عنها ، وهذا ما يسمى بحجية الأمر المقضي (autorité de la chose jugée) . أما ما ثبت بطريق علمي أو بأي طريق آخر فانه لا يعتبر حقيقة ثابتة لا تتغير ، فكثيراً

== (طبعة خامسة) — الموجز للمؤلف — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات (طبعة ثانية) —
الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات في المواد المدنية (طبعة ثانية) — الأستاذ عبد الباسط جيمى
في نظام الإثبات في القانون المدني المصري . وانظر أيضاً نظرية الإثبات في القوانين العربية
للأستاذ حسين المؤمن — وطرق القضاء في الفقه الاسلامي للأستاذ أحمد ابراهيم .

وعند الإشارة إلى المؤلفات التي تكرر طبعتها نشير إلى الطبعة التي ذكرناها هنا .

(١) الموجز للمؤلف ص ٦١٤ — ص ٦٤٥ .

ما يستبين أن الحقائق العلمية ليست إلا فروضاً غير دقيقة ، ثم ينكشف بعد ذلك خطؤها ، ويقوم مقامها حقائق أخرى هي أيضاً قابلة للتغيير^(١) .

(٢) ولما كان الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون ، وكان الإثبات القضائي مقيداً إلى هذا الحد ، فإن الحقيقة القضائية تصبح غير متفقة حتماً مع الحقيقة الواقعية ، بل كثيراً ما تنفرج مسافة الخلف ما بين الحقيقتين ، وتجاوئ إحداهما الأخرى . وفي هذا ما يجعل الحقيقة القضائية في بعض الحالات منعزلة عن الواقع ، بل بعيدة عن الحق ، أقرب إلى أن تكون مصطلحاً فنياً منها حقيقة واقعية^(٢) . وسنعود إلى هذا المعنى في موضع آخر .

(٣) ولما كان الإثبات القضائي إنما ينصب على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها ، فمحل الإثبات إذن ليس هو الحق المدعى به ولا أى أثر قانوني آخر يتمسك به المدعى في دعواه ، وإنما هو المصدر القانوني الذي ينشئ هذا الحق أو هذا الأثر . والواقعة القانونية التي هي محل الإثبات يقصد بها هنا معناها العام ، أى كل واقعة أو تصرف قانوني يرتب القانون عليه أثراً معيناً . فالعمل غير المشروع واقعة مادية يرتب القانون عليها التزاماً بالتعويض . والعقد تصرف قانوني يرتب القانون عليه الالتزام الذي اتفق عليه المتعاقدان . وكل من العمل غير المشروع والعقد واقعة قانونية يرتب القانون عليها أثراً ، وهي — أى هذه الواقعة القانونية — دون الأثر الذي يترتب عليها ، التي تكون محلاً للإثبات . وسنعود إلى هذه المسألة ببيان أوفى^(٣) .

(١) انظر في مقارنة دقيقة بين الإثبات القضائي والإثبات التعليمي أو التاريخي بارتان على أوبري ورو جزء ١٢ فقرة ٧٤٩ حاشية رقم ٢ مكرر ، وأنظر أيضاً : بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٠٧ — ص ٨٢٨ — ص ٨٢٩ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٣٨ ص ٣٠٦ — الأستاذ عبد الباسط جميعي نظام الإثبات في القانون المدني المصري ص ٢٩ — ص ٤٢ .

(٢) وقد مر الإثبات القضائي في تاريخ الانسانية بمراحل يضيق المقام هنا عن الخوض فيها . فقد كانت الانسانية في طفولتها تلجأ في الإثبات القضائي إلى ضروب من السحر والشعوذة . ثم لجأت إلى الدين ، من حلف واستدعاء الله وللقديسين على المبطل من الخصمين . وكان القتال ، بل الانتحار ، من الأدلة القضائية عند بعض الأمم في فجر التاريخ (انظر في هذا راؤول دى جراسيرى (Raoul de la Grasserie) في الإثبات في المواد المدنية والجنائية في القانون الفرنسي والتشريعات الأجنبية ص ١٨ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات جزء أول ص ٩ — ص ١٢) .

(٣) وقد تغلب العادة فيجري القلم بذكر إثبات الحق ، والمقصود دائماً هو إثبات الواقعة القانونية التي أنشأت الحق .

(٤) وما دام الإثبات القضائي هو إقامة الدليل أمام القضاء على الواقعة التي يرتب القانون عليها أثراً ، فعنى ذلك أن هذه الواقعة إذا أنكرها الخصم لا تكون حقيقة قضائية إلا عن طريق هذا الإثبات القضائي . فالحق الذي ينكر على صاحبه ، ولا يقام عليه دليله القضائي ، ليست له قيمة عملية ، فهو والعدم سواء من الناحية القضائية . قد يكون للحق وجود قانوني حتى لو لم يقم عليه الدليل القضائي ، وقد ينتج هذا الوجود بعض الآثار القانونية ، ولكن هذا من الندرة بحيث لا يقام له وزن ولا يحسب له حساب .

ومن ثم تبين أهمية الإثبات القضائي من الناحية العملية . « فالحق — كما تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني الجديد^(١) — يتجرد من قيمته مالم يقم الدليل على الحادث المبدىء له ، قانونياً كان هذا الحادث أو مادياً ، والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع منه » . « ونظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقاً في الحياة العملية . بل هي النظرية التي لاتنقطع المحاكم عن تطبيقها كل يوم فيما يعرض لها من أقضية »^(٢) .

ب — مكان الإثبات في القانون

١٢ — انقسام السرائع الى طوائف يهوت : يتنازع قواعد الإثبات مكانان ، مكان في التقنين المدني وآخر في تقنين المرافعات . ذلك أن لهذه القواعد ناحيتين ، ناحية موضوعية هي التي تحدد طرق الإثبات المختلفة وقيمة كل طريقة منها ومن الذي يقع عليه عبء الإثبات وماذا يقوم باثباته ، وناحية شكلية هي التي تحدد ما يتبع من الإجراءات في تقديم طرق الإثبات فللشهادة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٩ .

(٢) الموجز فقرة ٦١٤ ص ٦٤٥ . وأنظر : بلانيول وريبير وجابولد ٧ ص ١٤٠٦ ص ٨٢٥ وقد جاء فيه : « الدليل وحده هو الذي يحبس الحق ويجعله مفيداً » (La preuve seule vivifie le droit et le rend utile) . وقد أثرت في هذا المعنى أقوال مشهورة ، منها « ما لا دليل عليه هو والعدم سواء » أو « يستوى حق معدوم وحق لا دليل عليه » (Idem est non esse aut non probari) — ويقول أهرنج : « الدليل هو قوة الحق » (La preuve est la rançon des droits) — أنظر أيضاً : بيدان وپرو ٩ ص ١١٣٩ ص ٢٠٧ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١ س ٢ .

وللأوراق المكتوبة والظعن فيها وللخبرة ولتحليف اليمين ولغير ذلك من طرق الإثبات إجراءات معينة رسمها القانون^(١).

وقد انقسمت الشرائع في مكان الإثبات إلى طوائف ثلاث . بعضها يجمع قواعد الإثبات في ناحيتها الموضوعية والشكلية ويضعها جميعاً في تقنين المرافعات ، كما فعل القانون الألماني والقانون السويسري^(٢) . وبعضها يضع القواعد الموضوعية في التقنين المدني والقواعد الشكلية في تقنين المرافعات ، كما فعل القانون المصري والقانون الفرنسي وأكثر الشرائع اللاتينية^(٣). وطائفة ثالثة تفرد قواعد الإثبات جميعاً الموضوعية منها والشكلية بقانون خاص ، كما فعل

(١) بودري وبارد ٣ فقرة ٢٠٥٩ .

(٢) ويذهب الأساتذة كولان وكايتان ودي لامورانديير (جزء ٢ ص ٧١٨ وجزء ١ ص ١٠٥ وما بعدها) إلى هذا الرأي . كذلك يبدو أن الدكتور محمد صادق فهمي (الإثبات في القانون المقارن ص ٨٥ — ص ٨٦) يميل إلى وضع قواعد الإثبات في تقنين المرافعات . انظر أيضاً بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٤٠ ، ص ٢٠٨ .

(٣) الموجز ص ٦٤٦ — وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني الجديد في هذا الصدد ما يأتي : « والواقع أنه يتضح من استظهار تبويب التقنيات المختلفة ومقارنة كل منها بالآخر ، أن الإثبات والشهر لا ينزلان منها مكاناً واحداً . فبعض هذه التقنيات يفرد لها مكاناً في تقنين المرافعات (مذهب التشريعات الجرمانية) ، وبعض منها يضمن أحكامها تشريعاً مستقلاً (مذهب التشريعات الانجليزية والأمريكية) ، وبعض آخر يفرق هذه الأحكام بين التقنين المدني وتقنين المرافعات (مذهب التشريعات اللاتينية) . ويقوم مذهب الفريق الأخير من التقنينات على التفريق بين طائفة القواعد المتعلقة بالتنظيم الموضوعي ، وبين طائفة القواعد المتعلقة بالشكل والإجراءات ، ويلحق الأولى بالتقنين المدني ، ويقرر للثانية مكاناً في تقنين المرافعات . وتشمل الطائفة الأولى على الأحكام المتعلقة بمحل الإثبات ، وبيان من يقع عليه عبؤه ، وتفصيل طريقه ، وأحوال أعمال كل من هذه الطرق . وغنى عن البيان أنه يقصد من هذه الأحكام بوجه عام إلى اتقاء المنازعات وتأمين ما ينبغي للتعامل من استقرار ، ولعل هذا الغرض الوقائي بذاته هو أبرز ما ينهض لتوجيه وضعها في نصوص التقنين المدني باعتباره الأصل الجامع للمبادئ العامة في القانون . أما ما يتعلق من الأحكام بأعمال طرق الإثبات فهو يتصل بناحية الشكل والإجراءات ولا سيما ما يقوم من هذه الطرق على التحقيق أو الخبرة . وبديهي أن مثل هذه الأحكام أخص نطاقاً من الأحكام الموضوعية ، وهي تنقسم على وجه الأفراد بطابع قضائي يجعل خطابها ينصرف بوجه خاص إلى من يعهد إليهم بتطبيق القانون والفصل في المنازعات . فأخلق بها ، والحال هذه ، أن تحمل مع سائر ما يتعلق بخصوصيات الشكل والإجراءات صعيداً واحداً في تقنين المرافعات » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٧ — ص ٣٤٨) .

(م ٢ الوسيط ج ٢)

القانون الإنجليزي فيما أسماه بقانون الإثبات (law of evidence) وكما فعل القانون السوري فيما أسماه بقانون البيّنات^(١).

١٣ - بروز القواعد الموضوعية في الإثبات ووجوب بقائها في

التقنين المدني : وتقضي سلامة النظر في هذه المسألة بتخطي الشرائع التي تضع قواعد الإثبات بناحيّتها الموضوعية والشكلية في تقنين المرافعات . قد توضع هذه القواعد كلها في التقنين المدني تغليباً للناحية الموضوعية على الناحية الشكلية فيلتئم شملها^(٢) . وقد توزع بين التقنين المدني وتقنين المرافعات كما تقضي بذلك طبيعة كل طائفة من هذه القواعد . وقد تنفرد بمكان خاص تنزل به عن سائر التقنينات حتى لا تطغى ناحية من الناحيتين على الأخرى . ولكن أن يستقل بها جميعاً تقنين المرافعات فهذا ما لا وجه للنظر فيه^(٣) . ولا يجوز تغليب الناحية

(١) وكذلك فعل القانون الأمريكي في قانون الإثبات (Law of evidence) . انظر في مكان الإثبات في كل من النظام اللاتيني والنظام الجرمانى والنظام الأنجلوسكسونى ، وذلك من ناحية التطور التاريخى ، رسالة الدكتور محمد صادق فهمى في الإثبات في القانون المقارن ص ٢٠ - ص ٥٥ .

(٢) وقد توضع القواعد الموضوعية للإثبات مع قواعد الشجر في مكان واحد في التقنين المدني . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني الجديد في هذا المعنى ما يأتى : « ليس شك في أن التقنين المدني هو أنسب مكان لكل ما يتعلق بالأحكام الموضوعية في الإثبات ، بل وقد يكون في هذا الوضع ما يدعو إلى التفكير في الجمع بين هذه الأحكام وبين الأحكام الخاصة بشهر التصرفات في كتاب قائم بذاته يكون عنوانه : في الإثبات والشهر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٧) .

(٣) وهذا ما سلم به واضعو تقنين المرافعات الجديد ، إذ قالوا في المذكرة التفسيرية لمشروع التقنين المذكور إن قوانين المرافعات تجمع في بعض البلاد الأوروبية بين قواعد الإثبات الموضوعية وبين إجراءات الإثبات وأوضاعه لشدة الاتصال بين القواعد وبين الإجراءات في هذا الشأن . ومع ذلك رأى أن يقتصر المشروع على الإحاطة بالإجراءات في الأوضاع وأن تترك القواعد الموضوعية للقانون المدني . وقد استتبع هذا رفع النصوص الموضوعية الموجودة في قانون المرافعات الحالى مثل آثار عرض اليمين وحلفها والنكول عنها وعدم التعرض لبيان الأوراق التي تكون حجة حتى يطمئن فيها بالتزوير والتي يكن الإنكار للحيلولة دون الاحتجاج بها ، وترك ذلك كله للقانون المدني .

ويأخذ الأستاذ نشأت على واضعى تقنين المرافعات الجديد أنهم بالرغم مما قدموه قد عرضوا إلى بعض القواعد الموضوعية : « مثلاً نصت المادة ١٥٦ على أنه يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها =

الشكلية على الناحية الموضوعية . فالناحية الموضوعية من قواعد الإثبات هي دون شك الناحية البارزة : تعيين طرق الإثبات وتحديد قيمها وتحميل عبء الإثبات لأحد الخصمين ، هذا هو اللب في قواعد الإثبات ، وهذه كلها مسائل موضوعية . ثم إن الناحية الشكلية من قواعد الإثبات قد لا تعرض إطلاقاً ، ويقع ذلك عند إعداد طرق الإثبات فيما يعد منها مقدماً (preuve préconstituée) . ويقع ذلك أيضاً إذا لم يترافع الخصمان فيما تنازعا فيه إلى القضاء بل سويا النزاع بينهما بطريق ودي لا حاجة فيه إلى الإجراءات التي رسمها القانون لتقديم الأدلة (١) .

ومتى خلص أن دليل الحق تغلب فيه النزعة الموضوعية غلبة ظاهرة ، كان المكان الطبيعي للقواعد التي تحكم هذا الدليل هو التقنين المدني . فالدليل على الواقعة التي تنشئ الحق أقرب إلى أن يكون وضعاً شكلياً لهذه الواقعة . ولا يوجد فرق كبير من الناحية العملية بين عقد شكلي وعقد رضائي لا يجوز إثباته إلا بالكتابة . فالكتابة ضرورية في الحالتين ، وإن كانت الكتابة في العقد الشكلي تتميز بأنها ترسم على نحو خاص وبأنها واجبة لذاتها فلا يقوم

= متعلقة بالدعوى منتجة فيها جائزاً قبولها . ونصت المادة ٢٦٠ على أن للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في الورقة من إسقاط قيمتها في الإثبات أو إنقاصها ، والمادتان ٢٦٢ و ٢٨٤ أعطتا القاضي الحق في أن يحكم بصحة الورقة التي أنكر توقيعها أو طعن فيها بالتزوير إذا اقتنع بذلك من وقائع الدعوى ومستنداتها أو أن يأمر بالتحقيق . وأجازت المادة ٢٩٠ للمحكمة أن تحكم برد أية ورقة وببطلانها إذا ظهر لها بجلاء أنها مزورة ولو لم يدع أمامها بالتزوير (الأستاذ نشأت في الإثبات فقرة ٢٣ ص ٢٥) . وهذه الأمثلة التي ساقها الأستاذ نشأت إنما تدل على تعذر فصل القاعدة الموضوعية عن قواعد الإجراءات في بعض الحالات الخاصة . فإكان باليسير على واضعي تقنين المرافعات الجديد أن يغفلوا ما أوردوه من هذه القواعد الموضوعية ، فهي متصلة اتصالاً وثيقاً بما تلتها من قواعد الإجراءات ، هذا إذا استثنينا المادة ١٥٦ التي تنص على أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ، منتجة فيها ، جائزاً قبولها ، فإن المكان الطبيعي لهذا النص هو التقنين المدني .

كذلك يوجد طريقان للإثبات — هما المعاينة والخبرة — تغلب فيهما الناحية الإجرائية ، فكان مكانهما اللائق من الناحية العملية هو تقنين المرافعات (قارن الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٩) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٠٦ ص ٨٢٦ — بلانيول وريبير بولانجييه ٢ فقرة ٢١٥٧ .

مقامها الإقرار أو اليمين كما يصح ذلك في الكتابة المطلوبة للإثبات وبأن الطرفين لا يجوز لهما الاتفاق على تعديل الشكل كما يجوز ذلك في طرق الإثبات على النحو الذي سنبينه فيما يلي (١). ولكن يبقى بعد ذلك أن الكتابة للإثبات ضرورية من الناحية العملية ضرورة الكتابة للشكل. ويخلص من هذا أن القواعد التي تحكم الكتابة للإثبات يجب أن يكون مكانها بجانب القواعد التي تحكم الكتابة للشكل، وأن قواعد الإثبات كقواعد الشكل يجب أن يكون مكان كل طائفة منهما هو التقنين المدني (٢).

١٤ — مظهر قواعد الإثبات الموضوعية في التقنين المدني : على أن

مكان قواعد الإثبات، الموضوعية منها على الأقل، في التقنين المدني لا يتفق فيه النظر. فالتقنين المدني الفرنسي وضعها بين القواعد التي تحكم نظرية العقد، ولا شك في أن هذا مكان غير مناسب إذ أن قواعد الإثبات تسرى على العقد

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٠٨ ص ٨٢٠.

(٢) انظر في هذا المعنى الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٤ — فقرة ٢٧ — وما يؤكد هذا المعنى، في القانون الدولي الخاص، أن القانون الذي يسرى على القواعد الموضوعية في الإثبات هو عين القانون الذي يسرى على شكل العقود، ذلك أن الإثبات، من ناحية قواعد الإسناد، هو في منزلة الشكل، فيسرى قانون البلد الذي تم فيه العقد أو قانون الموضوع أو قانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك. وقد نصت المادة ٢٠ من التقنين المدني الجديد على أن «العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسرى على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك» (انظر في هذه المسألة بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٥٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٣١ ص ٨٦٠ — ٨٦٢) أما الإجراءات الشكلية للإثبات فيسرى عليها قانون القاضي (lex fori)، وقد نصت المادة ٢٢ من التقنين المدني على أنه «يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات».

على أنه، بالرغم من ذلك، يجب أن يلاحظ أن الحق قد يقوم دون أن يقوم دليله، بأن يستوجب القانون مثلاً أن يكون الدليل كتابة لا توجد أو كتابة لها شكل خاص فتكون باطلة لعدم استيفائها الشكل المطلوب. وعند ذلك يبقى الحق قائماً وإن سقط الدليل. وقد يتهماً لصاحب الحق أن يثبت وجوده من طريق آخر. ومن ثم كان للقول بقيام الحق مع سقوط دليله هذا الوجه من ناحية العمل (انظر في ذلك بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٠٨ ص ٨٢٩ ص ٨٣٠ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٣٩ ص ٢٠٧).

وعلى غيره من مصادر الالتزام الأخرى^(١). والتقنين المدني المصري — القديم والجديد — وضع هذه القواعد في النظرية العامة للالتزام^(٢)، وهذا مكان أليق. وقد يقال إن نظرية الإثبات ليست مقصورة على الالتزام، بل هي نظرية عامة شاملة تتناول مصادر الالتزام ومصادر الحق العيني ومصادر روابط الأسرة، ولا تقف عند المصادر فحسب إذ هي تحكم أيضاً أسباب انقضاء الحقوق وكل سبب آخر ينشئ أثراً قانونياً، بل هي تتجاوز منطقة القانون المدني إلى غيرها من مناطق القوانين الأخرى^(٣). ولكن التقنين المدني المصري غلب الناحية العملية وآثرها على الناحية العلمية. فالإثبات كما رأينا ينصب على أى سبب ينشئ أثراً قانونياً، وهذه الأسباب يمكن حصرها في الواقعة القانونية والتصرف القانوني. فيكون المكان المنطقي للإثبات على هذا الوجه هو في القسم العام من التقنين المدني حتى تنبسط قواعده على جميع نواحي هذا القانون وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. ولكن الناس قد ألفت أن تبحث عن قواعد الإثبات في النظرية العامة للالتزام. ثم إن هناك قواعد خاصة لإثبات الحقوق العينية وضعها التقنين المدني الجديد في مكانها من نظرية الحياة. فأصبحت قواعد

(١) جوسران ٢ فقرة ١٥٨ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٤٠ ص ٢٠٧ — ص ٢٠٨ — والسبب في أن التقنين المدني الفرنسي وضع الإثبات في هذا المكان هو أن واضعي هذا التقنين اقتفوا أثر پوتيه (Pothier)، حتى دون أن يتدبروا أن پوتيه عني بعبارة « طرق الوفاء » (paiements) في صيغة الجمع إثبات جميع الأسباب التي ينقضي بها الالتزام دون أن يقتصر على الوفاء (بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٥٣ — ماكارديه ٥ ص ٢ — لارومبير ٥ م ١٣١٥ فقرة ٧ — ديمولومب ٢٩ فقرة ١٨١ — لوران ١٩ فقرة ٨١) وكان دوما (Domat) في كتابه « القوانين المدنية — الكتاب الثالث — الباب السادس » مثلاً أفضل للاحتذاء من پوتيه، فإن هذا الفقيه الأخير إنما وضع الإثبات في المكان الذي وضعه فيه لأنه لم يضع كتاباً في القانون المدني جملة واحدة (بلانيول وريپير وبولانجييه فقرة ٢١٥٥).

(٢) الباب السادس من الكتاب الأول في الالتزامات بوجه عام، وهذا في التقنين الجديد.
(٣) وقد جاء في الموجز في هذا المعنى ما يأتي: « فليست نظرية الإثبات إذن مقصورة على الالتزامات التعاقدية كما قد يوهم ذلك موضعها من القانون المدني الفرنسي. وإيست مقصورة على الالتزامات بوجه عام، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، كما قد يدل على ذلك مكانها في القانون المدني المصري. بل هي نظرية عامة شاملة، تتناول العقود، وتتناول غير العقود من مصادر الالتزامات الأخرى، وتتناول مصادر الحقوق العينية، ومصادر روابط الأسرة، بل هي تتجاوز القانون المدني إلى غيره من القوانين » (الموجز فقرة ٦١٥ ص ٦٤٥ — ص ٦٤٦).

الإثبات الواردة في نظرية الالتزام هي القواعد العامة للإثبات تسرى على الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء . وتختص الحقوق العينية ، بالإضافة إلى ذلك ، بقواعد أخرى هي الواردة في نظرية الحيازة . وفي هذا توزيع لقواعد الإثبات ، إذا لم يكن دقيقاً من الناحية العلمية ، فإنه يستقيم من الناحية العملية ، وقد جرت به العادة ، وألفته الناس ، فلم يجد التقنين المدني الجديد محلاً للعدول عنه (١) .

ج — مقابلة سريعة بين نصوص التقنين المدني الجديد ونصوص

التقنين المدني القديم في قواعد الإثبات

١٥ — ترتيب التقنين القديم : لا يكاد التقنين المدني الجديد يكون قد استحدث شيئاً هاماً في قواعد الإثبات عن تلك التي كان التقنين القديم يقررها . وقد قدمنا أن مكان هذه القواعد في التقنين الجديد بقي هو عين مكانها في التقنين القديم .

(١) قارن الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٠ — فقرة ٣٥ . وهذه العادة وما ألفته الناس هما السبب في أن التقنين المدني الجديد قد عدل عن أفراد كتاب خاص للإثبات والشهر . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «على أن مسألة استحسان أفراد كتاب خاص للإثبات والشهر لا تزال جديرة بالنظر والتفكير ، ولا سيما إذا روعي ما قد يؤخذ على مذهب التقنين الراهن في هذا الشأن ، فقد نهج هذا التقنين نهج التقنينات اللاتينية ، وأخصها التقنين الفرنسي والتقنين الإيطالي والتقنين البلجيكي والمشروع الفرنسي الإيطالي ، وعقد للإثبات باباً سادساً في الكتاب الثانى الخاص بالتعهدات والعقود . ولم ير المشروع أن يشذ عن هذا النهج بعد أن استقر في تقاليد البلاد . أما الشهر فقد نظم في أكثر الدول بمقتضى تشريعات خاصة صدرت بعد العمل بالتقنينات المدنية ، ثم أدمجت في هذه التقنينات فيما بعد عقب الأحكام الخاصة بالحقوق العينية . وقد اختار المشروع هذا الوضع . على أن توزيع أحكام الإثبات وقواعد الشهر على هذا النحو لم يقصد منه إلى قصر نطاق الأولى على الالتزام ووقف الثانية على الحقوق العينية فحسب . فن المسلم — بوجه عام — أن تلك الأحكام عامة التطبيق ، تسرى على جميع الوقائع القانونية المبدئة للحقوق ، مالية كانت هذه الحقوق أو عينية أو معنوية ، ومن المسلم كذلك أن هذه القواعد لا تقتصر على الحقوق العينية العقارية ، بل ينبغي أن تتناول كل ما يهم الغير الوقوف عليه من الأوضاع القانونية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٨) .

وكانت نصوص التقنين القديم غير مرتبة . فقد بدأت بنص في شأن عبء الإثبات . ثم بينت المواطن التي يجب الإثبات فيها بالكتابة وتلك التي يجوز الإثبات فيها بالبينة وبالقرائن . وعرضت بعد ذلك لإثبات التخلص من الدين بتسليم السند وبوجوده تحت يد المدين وبالشروع في الوفاء . ثم عادت لجواز إثبات أصل الدين بدفع الفوائد . ثم عرضت لليمين المتممة ثم لليمين الحاسمة . ثم رجعت إلى تعريف المحررات الرسمية والمحررات العرفية مع بيان حجية كل منهما وبيان حجية التاريخ ومتى يكون تاريخاً ثابتاً . ثم عرضت للتأشير على سند الدين بما يفيد براءة المدين ومدى حجية هذا التأشير . وعادت بعد ذلك إلى تحديد قيمة صور الأوراق الرسمية . وانتقلت فجأة إلى حجية الأمر المقضى . ثم عرضت للإقرار . وانتهت بنص يطلق الإثبات في المواد التجارية .

١٦ - ترتيب التقنين الجديد: أما التقنين الجديد^(١) فقد رتب قواعد الإثبات ترتيباً منطقياً في الباب السادس من الكتاب الأول . فقدم لهذه القواعد بنص في تحميل عبء الإثبات . وفي فصول خمسة عرض للإثبات بالكتابة ، فالإثبات بالبينة ، فالإثبات بالقرائن ، فالإثبات بالإقرار ، فالإثبات باليمين . وفي الإثبات بالكتابة عرف الورقة الرسمية وبين حجيتها وحجية صورها ، ثم عرف الورقة العرفية وبين حجيتها وحجية التاريخ وثبوته ، ثم انتقل لقيمة بعض الأوراق العرفية في الإثبات فعرض للرسائل والبرقيات ودفاتر التجار والدفاتر والأوراق المنزلية والتأشير على السند بما يفيد براءة المدين . وفي الإثبات بالبينة بين متى يجوز ذلك ومتى لا يجوز . وفي الإثبات بالقرائن عرف القرينة القانونية

(١) ونوجه النظر منذ الآن إلى أن الذي وضع المشروع الابتدائي في الإثبات هو الأستاذ استنويت (Stenuit) الذي كان قاضياً بالمحاكم المختلطة (انظر الوسيط جزء أول ص ١٧ هامش رقم ٢) . وقد وضع هذا المشروع الابتدائي في اثنتين وخمسين مادة ، وأرفق بهذه النصوص مذكرة إيضاحية تتمشى معها بطبيعة الحال . وقد تناولت لجنة تنقيح القانون المدني هذه النصوص بالمراجعة والتنقيح حتى حولتها إلى جزء من المشروع التمهيدي للقانون . ولكن المذكرة الإيضاحية التي وضعها الأستاذ استنويت أدرجت كما هي في مجموعة الأعمال التحضيرية ، دون مراعاة لما أدخل على النصوص الأولى من تنقيح وتعديل . فأصبحت هذه المذكرة ، في بعض المواضع ، لا تتمشى مع النصوص النهائية . وسنبه إلى كل مسألة في موضعها .

وبين حجيتها ، وانتقل إلى حجية الأمر المقضي كقرينة قانونية ، وإلى حجية الحكم الجنائي بالنسبة إلى القضاء المدني ، ثم عرض للقرائن القضائية . وفي الإثبات بالإقرار عرف الإقرار ، وحدد حجيته ، وبين متى يتجزأ . وفي الإثبات باليمين عرض لليمين الحاسمة ، ثم لليمين المتممة .

١٧ - لم يتحدث التقنين الجديد شيئاً جوهرياً في قواعد الإثبات :

وفي غير هذا الترتيب المنطقي المتسق لم يستحدث التقنين الجديد شيئاً جوهرياً في قواعد الإثبات . بل اقتصر التنقيح على بعض المسائل التفصيلية ، مع تهذيب في العبارة والأسلوب ، وتوضيح لما كان مقتضياً أو مبهماً ، وحتى فيما زاده التقنين الجديد من الأحكام ، كتحديد الورقة الرسمية والورقة العرفية ودفاتر التجار والأوراق المنزلية وجواز منع توجيه اليمين الحاسمة وجواز إثبات الحث فيها ، لم يستحدث قواعد جديدة ، ولكنه اقتصر على تقنين القضاء المصري في هذه المسائل^(١) . وسنعود إلى كل مسألة في موضعها .

١٨ - سريانه قواعد الإثبات من حيث الزمان : ومهما يكن من

أمر ، فهناك بعض أحكام تفصيلية استحدثها التقنين الجديد كما قدمنا . فنذكر في هذه المناسبة المبدأ العام في سريان قواعد الإثبات من حيث الزمان ، لنرى متى تسرى القواعد الجديدة بوجه عام ، تاركين تفصيل سريان كل قاعدة إلى موضعها من هذا الكتاب .

أما القواعد الموضوعية للإثبات ، وهي تلك التي تعين طرق الإثبات وتبين متى يجوز قبولها وتحدد قيمة كل منها ، فالقانون الذي يطبق هو القانون الذي كان سارياً وقت نشوء الحق المراد إثباته . فلو كان هذا القانون يجيز الإثبات بالبيئة مثلا ، جاز هذا الإثبات حتى لو كان القانون الجديد وقت رفع الدعوى لا يجيز الإثبات إلا بالكتابة . والعكس صحيح على خلاف في الرأي^(٢) . وتطبيقاً لهذا

(١) انظر الوسيط جزء أول ص ٧١ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن القانون الذي كان معمولاً به وقت إبرام التصرف هو الذي يسرى على هذا التصرف من حيث شروط صحته ومن حيث شكله ومن حيث طرق إثباته (٢٥ يونية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٧١) . ويحدد حجية الورقة المكتوبة القانون القائم وقت =

المبدأ نصت المادة التاسعة من التقنين المدني الجديد على أن (تسرى في شأن الأدلة

= صدورها (استئناف مصر ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٤٦ ص ٦٩٦) وقد كانت المادة ١٩ من المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد تنص على أن « تسرى في شأن القرائن القانونية النصوص المعمول بها في الوقت الذي تم فيه العمل أو الحادث الذي تترتب عليه القرينة القانونية » ولكن هذه المادة حذفت في لجنة المراجعة لوضوح حكمها ولعدم الحاجة إليها (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٢٧) أما طرق الإثبات التي هي ليست من عمل الطرفين بل يترك أمرها إلى القاضي ، كالأقرار واليمين ، فيسرى عليها القانون الجديد . فلو أن قانوناً جديداً منع اليمين في حالة معينة ، فإن توجيه اليمين يكون غير جائز في هذه الحالة حتى عن واقعة حدثت قبل نفاذ القانون الجديد (بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٥٧ ص ٢٢٩) .

وإذا خفض قانون جديد نصاب البيئة إلى خمسة جنيهاً مثلاً ، فالتصرفات المبرمة قبل نفاذ هذا القانون الجديد وتزيد على خمسة جنيهاً ولا تزيد على العشرة يكتفى في إثباتها البيئة والقرائن ، لأن القانون القائم وقت إبرام التصرف كان يجيز ذلك (ديرانتون ١ فقرة ٦٦ - ديمولومب ١ فقرة ٥٤ - لوران ١ فقرة ١٧٦ - أوبرى ورو ١ (طبعة خامسة) فقرة ٣٠ ص ١٢٧ - بودرى وهوك فوركاردا ١ فقرة ١٧٦) . أما إذا رفع قانون جديد نصاب البيئة إلى عشرين جنيهاً مثلاً ، فالأصل أن التصرفات المبرمة قبل نفاذ هذا القانون الجديد ، وتزيد على عشرة جنيهاً ، لا يجوز إثباتها بالبيئة ، وإن كانت لا تزيد على عشرين جنيهاً ، إعمالاً للقانون القائم وقت إبرام هذه التصرفات دون نظر لأحكام القانون الجديد ، حتى لا يتأثر مركز الخصمين بهذه الأحكام . وبهذا الرأي يقول كثير من الفقهاء (ديرانتون ١ فقرة ٦٦ - ديمولومب ١ فقرة ٥٤ - لوران ١ فقرة ١٧٦) . ولكن بعض الفقهاء يذهبون إلى جواز الإثبات بالبيئة في هذه الحالة لأن فتح القانون الجديد لهذا الطريق للإثبات إما كان المقصود منه الكشف عن الحقيقة بطرق أصح ، ولا يجوز للمدين في هذا الفرض أن يدعى أنه كسب حقاً في أن يتخلص من التزامه بسبب عقم طرق الإثبات التي كانت قائمة وقت نشوء هذا الالتزام (أوبرى ورو ١ طبعة خامسة ص ١٢٨ وهامش رقم ٦٦ - بودرى وهوك فوركاردا ١ فقرة ١٧٦ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٥٧ ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠ . على أن القائلين بهذا الرأي الأخير يقصرونه على الحالة التي نحن بصدددها ، ولا يعممونه حتى يتناول الأوراق المكتوبة والقرائن القانونية ، فهذه وتلك يحكمها القانون الذي يكون قائماً وقت صدورها أو وقت تمام الحادث الذي تترتب عليه (أنظر في هذا الموضوع چوريس كلاسير المدني (Juris-classeur Civil) قسم ١٣٤ مادة ١٣١٦ فقرة ١٤ - فقرة ١٧) .

أما الوقائع التي لا تتوافر أدلتها وقت نشوئها - وهي الوقائع المادية - فهذه يسرى عليها القانون الجديد حتى لو كانت قد نشأت في ظل القانون القديم . وكذلك جواز قبول الواقعة في الإثبات يعتبر من النظام العام فيسرى عليه القانون الجديد ، وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الثانية من المشروع التمهيدى للتقنين المدني ، ولكن هذا النص حذفته لجنة المراجعة تجنباً للتفصيلات ولأن مكانه المناسب هو قانون المرافعات (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٢٥) . أنظر في هذا الموضوع الدكتور عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات في المواد المدنية فقرة ٥٣ - فقرة ٥٦ ص ٦١ - ص ٦٥) .

التي تعد مقدماً النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده» (١).

أما الإجراءات التي تتبع في سلوك طريق الإثبات ، فهذه يسرى عليها القانون القائم وقت نظر الدعوى ولو كان جديداً ، لأن قوانين الإجراءات الجديدة تسرى على الماضي (٢).

ثانياً — المبادئ الرئيسية التي تقوم عليها قواعد الإثبات

١٩ — مبادئ ثلاثة : يقوم الإثبات على مبادئ رئيسية ثلاثة :

(أ) فهو نظام قانوني (système légal) ، أي تنظمه قواعد يقررها القانون .
(ب) ويكون القاضي فيه محايداً ، وهذا هو مبدأ حياد القاضي (neutralité du juge) .
(ج) أما الخصوم فيقومون فيه بالدور الإيجابي ، وهذا هو حق الخصم في الإثبات (droit à la preuve) .

والواقع — كما سرى — أن هناك تعاوناً وثيقاً في الإثبات بين القانون والقاضي والخصوم . فالقانون يبين طرق الإثبات ويحدد قيمة كل منها . والقاضي يطبق القواعد التي يقررها القانون في ذلك ، ويتمتع في تطبيقها بشيء غير قليل من حرية التقدير . والخصوم هم الذين عليهم أن يقدموا الأدلة على صحة دعاواهم ، وذلك على الوجه الذي رسمه القانون ، ولكل خصم الحق في مناقشة الأدلة التي يقدمها خصمه وفي تفنيدها وفي إثبات عكسها .

ونستعرض الآن هذه المبادئ الثلاثة .

(١) وكان النص في المشروع يجرى على الوجه الآتي : « تسرى في شأن الأدلة التي تعد مقدماً النصوص المعمول بها في الوقت الذي يعد فيه الدليل أو في الوقت الذي يستطاع أو ينبغي فيه إعداده » . ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « الذي يستطاع فيه إعداده » اكتفاء بعموم عبارة « الذي ينبغي فيه إعداده » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٢٧) .

(٢) وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ١٧ من المشروع التمهيدى للتقنين المدني تنص على ما يأتي : « تسرى النصوص المتعلقة بإجراءات الإثبات من وقت العمل بها على جميع الدعاوى القائمة » . ولكن هذا النص حذف في لجنة المراجعة لأن مكانه المناسب هو تقنين المرافعات (انظر المادة الأولى من تقنين المرافعات الجديد) .

١ - مبدأ النظام القانوني للإثبات - مذاهب ثلاثة

٢٠ - الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية - العدالة والاستقرار :

رأينا فيما تقدم أن الحقيقة القضائية قد تبتعد عن الحقيقة الواقعية ، بل قد تتعارض معها . ورأينا أن السبب في ذلك أن الحقيقة القضائية لا تثبت إلا من طريق قضائي رسمه القانون . وقد يكون القاضي من أشد الموقنين بالحقيقة الواقعية ، وقد يعرفها بنفسه معرفة لا يتطرق إليها الشك ، ولكن ينعدم أمامه الطريق القانوني لإثباتها فلا يجد بداً من إهدارها والأخذ بسبل القانون في الإثبات ، ومن ثم قد تتعارض الحقيقة القضائية مع الحقيقة الواقعية .

والقانون في تمسكه بالحقيقة القضائية دون الحقيقة الواقعية إنما يوازن بين اعتبارين : اعتبار العدالة في ذاتها ويدفعه إلى تلمس الحقيقة الواقعية بكل السبل ومن جميع الوجوه حتى تتفق معها الحقيقة القضائية ، واعتبار استقرار التعامل ويدفعه إلى تقييد القاضي في الأدلة التي يأخذ بها وفي تقدير كل دليل فيحدد له طرق الإثبات وقيمة كل طريق منها ، حتى يأمن جوره إذا مال إلى الجور ، أو في القليل حتى يحد من تحكمه ، فلا تختلف القضاة فيما يقبلون من دليل وفي تقدير قيم الأدلة في الأقضية المتماثلة .

٢١ - مذاهب ثلاثة في الإثبات : ويمكن في الموازنة ما بين الاعتبارين

الذين تقدم ذكرهما - اعتبار العدالة واعتبار استقرار التعامل - أن نتصور قيام مذاهب ثلاثة في الإثبات : (١) مذهب يميل إلى اعتبار العدالة ولو بالتضحية في استقرار التعامل ، وهذا هو المذهب الحر أو المطلق (système libre) . (٢) ومذهب يستمسك باستقرار التعامل ولو على حساب العدالة ، فيقيد القانون الإثبات أشد التقييد حتى يستقر التعامل ، وهذا هو المذهب القانوني أو المذهب المقيد (système légal) . (٣) ومذهب ثالث هو بين بين ، يزن ما بين الاعتبارين ، فيعتد بكل منهما ، ولا يضحى أحدهما لحساب الآخر ، وهذا هو المذهب المختلط (système mixte) .

٢٢ - **المذهب الحر أو المطلق** : أما المذهب الحر أو المطلق ففيه ، كما قدمنا ، لا يرسم القانون طرقاً محددة للإثبات يقيد بها القاضي ، بل يترك الخصوم أحراراً يقدمون الأدلة التي يستطيعون إقناع القاضي بها ، ويترك القاضي حراً في تكوين اعتقاده من أي دليل يقدم إليه . وهذا المذهب يقرب كثيراً ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية لمصلحة العدالة . وقد اعتنقته بعض الشرائع في بدء تطورها ، واعتنقته بعض رجال الفقه الإسلامي^(١) ، ولا تزال الشرائع الجرمانية والشرائع الأنجلوسكسونية (القانون الألماني والقانون السويسري والقانون الإنجليزي والقانون الأمريكي) تأخذ به إلى حد كبير .

ولكن حظ العدالة في هذا المذهب ظاهري أكثر منه حقيقياً . فهو قد يقرب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية إلى مدى واسع ، ولكن بشرط أن يؤمن من القاضي الجور والتحكم . فإذا جار القاضي أو تحكم في تعيين طرق الإثبات وتحديد قيمها ، ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية أكثر من ابتعادها في المذهب القانوني أو المقيد . وننتقل الآن إلى هذا المذهب .

(١) وقد ثار ابن القيم الجوزية على تحديد الفقهاء للأدلة في الإثبات تحديداً جامداً وتقيداً بشهادة الشهود وأخذهم بها دون القرائن والأدلة الأخرى ، ونادى بوجوب ترك الإثبات حراً ، « فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله » . قال في أعلام الموقعين : « إن الشارع في جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البينات التي هي أدلة عليه وشواهد له ، ولا يرد حقاً متى ظهر بدليله أبداً ، فيضيع حقوق الله وعباده ويمطلها ، ولا يقف ظهور الحق على أمر معين لا فائدة في تخصيصه مع مساواة غيره له في ظهور الحق أو رجحانه عليه ترجيحاً لا يمكن جرده ودفعه ، كترجيح شاهد الحال على مجرد البينة في صورة من على رأسه عمامة ويده عمامة وآخر خلفه مكشوف الرأس يعدو أثره ولا عادة له بكشف رأسه ، فبينة الحال ودلالته هنا تقيد ظهور صدق المدعى أضعاف ما يفيد مجرد البينة عند كل أحد . فالشارع لا يهمل مثل هذه البينة والدلالة ، ويضيع حقاً يعلم كل أحد ظهوره وحقته . بل لما ظن هذا من ظنه ضعيوا طريق الحكم ، فضاء كثير من الحقوق لتوقف ثبوتها عندهم على طريق معين ، وصار الظالم الفاجر ممكناً من ظلمه وفجوره : فيفعل ما يريد ويقول لا يقوم على ذلك شاهدان أثنان ، فضاعت حقوق كثيرة لله ولعباده » . ثم قال في الطرق الحكيمة « فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان ، فثم شرع الله ودينه ، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين إشارة ، فلا يجعله منها ، ولا يحكم عند وجودها بموجبها ، بل قد بين سبحانه بما يرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده ، وقيام الناس بالقسط ، فأى طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست بمخالفة له » .

٢٣ - المذهب القانوني أو المقيد : ففي المذهب القانوني أو المقيد يرسم

القانون طرقاً محددة تحديداً دقيقاً لإثبات المصادر المختلفة للروابط القانونية ، ويجعل لكل طريق قيمته ، ويتقيد بكل ذلك الخصوم والقاضي . « وهذا المذهب - كما جاء في الموجز^(١) - على ما فيه من دقة حسائية تكفل ثبات التعامل ، يباعد ما بين الحقائق الواقعة والحقائق القضائية ، فقد تكون الحقيقة الواقعة ملء السمع والبصر ، ولكنها لا تصبح حقيقة قضائية إلا إذا استطع إثباتها بالطرق التي حددها القانون » . وقد تغلب في الفقه الإسلامي المذهب القانوني في الإثبات . فيجب في الإثبات بالبيننة شهادة شاهدين ، ولا يكتفى بشاهد واحد إلا في حالات استثنائية^(٢) ، وإذا توافر نصاب الشهادة وجب الأخذ بها دون أن يكون للقاضي حرية في التقدير ، ويتفاوت نصاب الشهادة من واقعة إلى أخرى في حدود مقدرة تقديراً يكاد يكون حسائياً^(٣) .

٢٤ - المذهب المختلط : والمذهب المختلط يجمع بين الإثبات المطلق

والإثبات المقيد . « وأشد ما يكون إطلاقاً - كما جاء في الموجز^(٤) - في المسائل الجنائية ، ففيها يكون الإثبات حراً يتلمس القاضي وسائل الاقناع فيه من أى دليل يقدم إليه ، شهادة كانت أو قرينة أو كتابة أو أى دليل آخر . ثم يتقيد بالإثبات بعض التقيد في المسائل التجارية مع بقائه حراً في الأصل . ويتقيد بعد ذلك إلى حد كبير في المسائل المدنية ، فلا يسمح فيها إلا بطرق محددة للإثبات تضيق وتتسع متمشية في ذلك مع الملابسات والظروف . وهذا المذهب الثالث هو خير المذاهب جميعاً ، فهو يجمع بين ثبات التعامل بما احتوى عليه من قيود ، وبين اقتراب الحقيقة الواقعة من الحقيقة القضائية بما أفسخ فيه للقاضي من حرية التقدير . وقد أخذ القانون المصري بهذا المذهب مقتفياً في ذلك أثر

(١) الموجز للمؤلف ص ٦٤٧ .

(٢) وكذلك كان الأمر في الصدر الأول من القانون الفرنسي القديم ، فكانت شهادة الواحد لا تصلح *testis unus, testis nullus* - انظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٩٢ .

(٣) انظر القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٠٩ - ص ٣١٠ .

(٤) الموجز للمؤلف ص ٦٤٧ .

الشرائع اللاتينية كالقانون الفرنسي والقانون الايطالى والقانون البلجيكي .
ويلاحظ على هذا المذهب أمران : (١) أن اقتراب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية فيه لا يصل إلى حد يجعل للأدلة قوة قطعية ، فلا تزال للأدلة فيه حجة ظنية ، ولا تزال الحقيقة القضائية هي مجرد احتمال راجح *idée de probabilité* وليست حقيقة قاطعة . ولا بد من الناحية العملية الاكتفاء بالحجج الظنية ما دامت راجحة ، لأن اشتراط الحجج القاطعة يجعل باب الاثبات مقفلاً أمام القاضى . (٢) أن المذهب المختلط يتفاوت في نظام قانونى عنه في نظام آخر ، فهو يضع من القيود على حرية القاضى فى تلمس الدليل قليلاً أو كثيراً على قدر متفاوت يختلف باختلاف النظم القانونية . فمن النظم ما تقلل من هذه القيود حتى يشتد التقارب ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية فيرجح حظ العدالة ، ومنها ما يزيد فى القيود ولو ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية حتى يستقر التعامل . وخير هذه النظم ما وازن بين الاعتبارين فى كفتى الميزان ، حتى لا ترجح كفة وتشيل أخرى .

ب - مبدأ حياد القاضى^(١)

٢٥ - موقف القاضى من الاثبات فى كل من المذاهب الثلاثة :

ويتصل بما تقدم موقف القاضى من الاثبات . فهو فى المذهب الحر أو المطلق موقف إيجابى ، ينشط القاضى فيه إلى توجيه الخصوم ، واستكمال ما نقص فى الأدلة ، واستيضاح ما أبهم منها . وهو فى المذهب القانونى أو المقيد موقف سلبي محض ، لا يعدو القاضى فيه أن يتلقى أدلة الاثبات كما يقدمها الخصوم دون أى تدخل من جانبه ، ثم يقدر هذه الأدلة طبقاً للقيم التى حددها القانون ، فاذا رأى الدليل ناقصاً أو مبهماً فليس له أن يطلب إكماله أو توضيحه ، بل يجب عليه أن يقدره كما هو فى الحالة التى قدمه فيها الخصوم . وهو فى المذهب

(١) الحياد هنا ليس معناه عدم التحيز (*impartialité*) — فإن هذا واجب بداهة على القاضى — بل معناه أن يقف القاضى موقفاً سلبياً من كلا الخصمين على حد سواء (*neutralité*) (بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٥١ ، ص ٢١٨) .

المختلط ينبغي أن يكون موقفاً وسطاً بين الإيجابية والسلبية ، ولكنه يجب أن يكون أقرب إلى الإيجابية منه إلى السلبية ، فيباح للقاضي شيء من الحرية في تحريك الدعوى وفي توجيه الخصوم وفي استكمال الأدلة الناقصة وفي استيضاح ما أبهم من وقائع الدعوى . ولا يتعارض ذلك مع تقييد القاضي بأدلة قانونية معينة وبتحديد قيم هذه الأدلة ، فإن هذا التقييد يجب أن تقابله حرية القاضي في تقدير وزن كل دليل في حدود قيمته القانونية ، حتى يستجلى الحقائق واضحة كاملة (١) .

أما منع القاضي من القضاء بعلمه فليس فرعاً عن مبدأ حياد القاضي ، بل هو النتيجة المترتبة على حق الخصوم في مناقشة أى دليل يقدم في القضية ، وسنرى ذلك فيما يلي .

٢٦ - مبدأ الحياد القاضي في القوانين اللاتينية والقانون المصري :

قد رأينا أن القوانين اللاتينية ، والقانون المصري معها ، قد اتخذت المذهب المختلط في الإثبات . وهي مع ذلك لا توسع على القاضي في حرية توجيهه للدعوى واستخلاص الحقائق من أدلتها القانونية إلا إلى مدى محدود ؛ فالقاضي يستطيع مثلاً أن يحيل الدعوى على التحقيق من تلقاء نفسه ، كما يستطيع أن يعين خبيراً ، وله أن يطلب إحضار الخصوم شخصياً (comparution personnelle) ، وأن يوجه إلى أحدهما اليمين المتممة (serment supplétif) . (٢) وقد زاد تقنين المرافعات المصري الجديد في إيجابية موقف القاضي من الإثبات فخوله سلطة في توجيه الدعوى فيما يتصل بالآثار التي تترتب على عدم قيد المدعى لدعواه ، وبشطب الدعوى عند تخلف الخصوم عن الحضور ، وبوقف الدعوى لمدة معينة عند اتفاق الخصوم على ذلك ، وبسقوط الخصومة لانقطاعها بوفاة أحد الخصوم أو بزوال أهليته أو انتهاء صفته أو وقفها بفعل المدعى أو تقصيره ، وبتقادم الخصومة بخمس سنوات بدلاً من خمس عشرة ، وبإدخال القاضي

(١) ديموج في الأفكار الرئيسية في القانون الخاص (Notions fondamentales du droit privé) الفصل السابع ص ٥٣٤ - ص ٥٤١ .
(٢) الموجز للمؤلف ص ٦٤٧ - ص ٦٤٨ .

من تلقاء نفسه من لم يكن طرفاً في الخصومة ليرد الدعوى إلى وضعها الطبيعي بعد أن انحرف بها عنت الخصوم أو إهمالهم ، وباجراءات التحقيق فاذا أحيلت الدعوى على التحقيق أو عين فيها خبير أو طعن فيها بالتزوير لم يعد سير التحقيق أو السير في نظر الموضوع موقوفاً على طلب تعجيل يتقدم به الخصم صاحب المصلحة (١) .

ج - مبدأ دور الخصوم الايجابي - الحق في الاثبات

٢٧ - من الخصوم في منافسة الادلة التي تقدم في الدعوى -

لا يجوز للقاضي أنه يفرض بعلمه : على أنه مهما يكن من قدر الحرية التي تطلق للقاضي في الاثبات ، فلا جدال في أن أى دليل يقدمه الخصم في الدعوى يجب أن يعرض على الخصوم جميعاً لمناقشته ، ويدلى كل برأيه فيه ، يفنده أو يؤيده ، والدليل الذي لا يعرض على الخصوم لمناقشته لا يجوز الأخذ به (٢) . ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بدليل نوقش في قضية أخرى ما لم يناقش في القضية القائمة (٣) .

(١) أنظر المذكرة التفسيرية لتقنين المرافعات الجديد . وأنظر الدكتور أحمد أبو الوفا في المرافعات المدنية والتجارية ص ٢٩ ، والدكتور عبد المنعم أحمد الشراوى في شرح المرافعات المدنية والتجارية ص ١٠ — ص ١١ .

(٢) فلا يجوز للقاضي أن يستند إلى أوراق عثرت عليها النيابة العامة دون أن يثبت أن هذه الأوراق قد عرضت على الخصوم لمناقشتها (لارومبير ٥ م ١٣١٦ فقرة ١٠ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٢٠٠ — بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٥٦ — نقض فرنسي ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٨٩ داللو ٩٠ — ١ — ٥٤) . ولا يجوز للمحكمة أن تعتد بكتاب أرسل إلى رئيسها ولم يعرضه الرئيس على الخصوم لمناقشته (نقض فرنسي ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ داللو ١٩٠٣ - ١ - ٣٦٨) ولا بتحقيق جنائي لم تناقشه الخصوم (نقض فرنسي ٢٩ يولييه سنة ١٩٠٣ داللو ١٩٠٣ — ١ — ٤٤٨) . ولكن يجوز لمحكمة الاستئناف ، دون أن تفحص من جديد الدليل الذي سبق أن فحصته محكمة أول درجة ، أن تستخلص من هذا الدليل نتيجة غير النتيجة التي استخلصتها هذه المحكمة الأخيرة (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٩٩) .

(٣) كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٧٢١ ص ٤٨٨ . أنظر في هذه المسألة — مناقشة الخصوم للأدلة — من ناحية التطور التاريخي رسالة الدكتور محمد صادق فهمي في الاثبات في القانون المقارن ص ٢٣٩ — ص ٢٤٧ .

وهذا مبدأ جوهري من مبادئ التقاضي ، حتى لا تبقى الخصومة مجهلة ، وحتى تتكافأ فرص الخصوم في الدعوى . ومن ثم كان للخصم حق طلب التأجيل للاطلاع على المستندات المقدمة من خصمه والرد عليها (م ١٠٨ مرافعات) .

ولا يجوز للقاضي أن يقوم بمعاينة مكان النزاع في غيبة الخصوم ودون أن يدعوهم لحضور المعاينة ومن غير إصدار قرار باجرائها . ولكن يكفي أن يعرض الدليل على الخصوم لمناقشته ، فإذا لم يريدوا مناقشته فعلا فقد نزلوا عن حقهم في ذلك وصح الأخذ بالدليل (١) . كذلك لا يجوز للقاضي أن يأتي بأدلة من عنده لم تقدمها الخصوم ، إلا إذا تراضوا عليها وقبلوا مناقشتها (٢) .

ويترتب على حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه . ذلك أن علم القاضي هنا يكون دليلاً في القضية ، ولما كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل اقتضى الأمر أن ينزل القاضي منزلة الخصوم ، فيكون خصماً وحكماً ، وهذا لا يجوز (٣) . وقد رأينا فيما تقدم أن امتناع القاضي

(١) نقض فرنسي ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠-١-٥٤ (سبقت الإشارة إليه) - ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨-١-١١٤-٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣-١-٣٦٨ (سبقت الإشارة إليه) . انظر الأستاذ عبد الباسط جيمبي فقرة ٩٠ .

(٢) ويقول بارتان (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤ حاشية رقم ٨ ter) إنه لو سمح للقاضي أن يتدخل في الإثبات وأن يأتي من عنده بأدلة لم تقدمها الخصوم ، لخشي أن يعدل من طلبات المدعى أو أن يحور فيها ، وليست هذه مهمة القاضي . فإذا ما أتى القاضي بأدلة من عنده ، ورضي الخصوم أن يناقشوها ، ونزلوا عن حقهم في الاعتراض ، كان هذا بمثابة اتفاق بين الخصمين ، وهو جائز في صورة صريحة فيجوز في هذه الصورة الضمنية (ص ٧٦ حاشية رقم ٨ sexes) . وحتى الواقعة المعروفة بالشهرة العامة (commune renommée) لا بد فيها من إثبات هذه الشهرة العامة إذا أنكرها الخصم الآخر ، وفرق ما بين إثبات الواقعة ذاتها وبين إثبات الشهرة العامة وحدها كما يقول أوبري ورو (١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٧٧ حاشية رقم ٩) . انظر أيضاً كولان وكابيتان ومورانديير ٢ ص ٤٨٨ .

(٣) ولكن هذا لا يمنع من أن يستعين القاضي في قضائه بما هو معروف بين الناس ولا يكون علمه خاصاً به مقصوراً عليه ، وذلك كالمعلومات التاريخية والجغرافية والعلمية والفنية الثابتة ، فله أن يستعين في قضائه بما هو معروف من أن الأراضي في مصر قد أصبحت مملوكة لأصحابها رغبة ومنفعة بعد أن كانت أراضي خراجية وذلك منذ عهد سعيد باشا . وبما هو = (م ٣ الوسيط ج ٢)

عن القضاء بعلمه لا يرجع إلى موقفه المحايد في الاثبات ، فان حياد القاضي لا يتعارض ضرورةً مع القضاء بعلمه ، وإنما يرجع إلى ما ذكره هنا من حق الخصوم في مناقشة الدليل (١) .

وهذا الدور الإيجابي للخصوم في الاثبات ، وما يستتبعه من حقهم في مناقشة الأدلة ، تنظمه قواعد أربع : (١) حق الخصم في الاثبات (٢) حق الخصم الآخر في إثبات العكس (٣) لا يجوز لأى خصم أن يصطنع دليلاً لنفسه (٤) ولا يجوز إجباره على تقديم دليل ضد نفسه . ونقول كلمة عن كل من هذه القواعد .

٢٨ — من الخصم في الاثبات : على الخصم أن يثبت ما يدعيه أمام القضاء بالطرق التي بينها القانون . فموقفه في الاثبات موقف إيجابي . وليس هذا واجباً عليه فحسب ، بل هو أيضاً حق له . فللخصم أن يقدم للقضاء جميع ماتحت يده أو ما يستطيع إبرازه من الأدلة التي يسمح بها القانون تأييداً لما يدعيه . فان لم يمكنه القاضي من ذلك كان هذا إخلالاً بحقه ، وكان سبباً للطعن في الحكم بالنقض .

ويتقيد حق الخصم في الاثبات بقيود ثلاثة : (١) لا يجوز للخصم أن يثبت ما يدعيه إلا بالطرق التي حددها القانون . فلا يجوز له أن يثبت بالبينة ما لا يجوز إثباته إلا بالكتابة ، ولا يجوز له أن يجزئ إقرار خصمه إذا كان هذا الإقرار لا يتجزأ ، ولا يجوز له أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه حيث يكون متعنتاً في توجيهها . ويجب فيما يسمح له به القانون من طرق الاثبات أن يتقدم بما عنده

= معروف من أن رى الحياض لا يكون إلا دورة زراعية واحدة، وبأن ثمن القطن كان منخفضاً في أوقات مرتفعاً في أوقات أخرى (انظر الأستاذ عبد الباسط جميعي ص ٧٣ والأحكام التي أشار إليها ، والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ١٦) .

وانظر في جواز أن يقضى القاضي بعلمه في الفقه الإسلامى عند المتقدمين (في غير الحدود الخالصة) وفي عدم جواز ذلك إطلاقاً عند المتأخرين الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٣٣ — ص ٤٢ .

(١) ويقطع في ذلك أن القاضي الجنائي ، ودوره في الإثبات إيجابي إلى حد بعيد فلا يعتبر محايداً ، ممنوع مع ذلك من القضاء بعلمه ، كما لاحظ ذلك بحق الأستاذ عبد الباسط جميعي في كتابه «نظام في الإثبات القانون المدنى المصرى» (ص ٧٨) .

من الأدلة طبقاً للأوضاع وللإجراءات التي رسمها له القانون . (٢) كذلك لا يجوز للخصم أن يطلب إثبات واقعة لم تتوافر فيها الشروط الواجبة ، إذ يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى منتجة في دلالتها جائزة الاثبات قانوناً . وسنفصل هذه الشروط فيما يلي . (٣) ويبقى للقاضي بعد كل ذلك حرية واسعة في تقدير قيمة الأدلة التي تقدم بها الخصم ، فيرى ما إذا كانت شهادة الشهود مقنعة ، ويقدر إذا قدم الخصم ورقة ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في هذه الورقة من إسقاط قيمتها في الاثبات أو إنقاصها (م ٢٦٠ مرافعات) ، وإذا كانت وقائع الدعوى ومستنداتها كافية لاقتناعه بصحة الورقة التي تقدم بها الخصم الآخر أو بتزويرها فله أن يمتنع عن السير في إجراءات التزوير التي طلبها الخصم الذي طعن بالتزوير في هذه الورقة (م ٢٨٤ مرافعات) بل له ولو لم يدع أمامه بالتزوير أن يحكم من تلقاء نفسه برد أية ورقة وبطلانها إذا ظهر له بجلاء من حالتها أو من ظروف الدعوى أنها مزورة (م ٢٩٠ مرافعات) ، كما أن له أن يعدل عما أمر به من إجراءات الاثبات أو ألا يأخذ بنتيجة هذه الإجراءات (م ١٦٥ مرافعات) ، وإذا رأى أن الدعوى ليست في حاجة إلى استجواب فان له أن يرفض طلب الاستجواب الذي يتقدم به الخصم (م ١٦٨ مرافعات) .

وحق الخصم في الاثبات يقابله واجب يلتقى على عاتق الخصم الآخر ، بل على عاتق الغير ، في ألا يعطل هذا الحق بعنت منه أو سوء نية . ويصل هذا الواجب إلى مدى بعيد ، فيفرض في بعض الحالات على الخصم الآخر أو الغير أن يقدم مستندات في حوزته لتمكين المدعى من إثبات حقه ، وسنعود إلى هذا الواجب بالتفصيل فيما يلي .

٢٩ - من الخصم الآخر في اثبات العكس : وكل دليل يتقدم به

الخصم لاثبات دعواه يكون للخصم الآخر الحق في نقضه وإثبات عكس ما يدعيه الخصم . وتطبيقاً لهذه القاعدة نصت المادة ١٩٢ من تقنين المرافعات على أن « الاذن لأحد الخصوم باثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذه الطريق » . وإذا كان الدليل الذي قدمه الخصم ورقة مكتوبة ، فان كانت ورقة عرفية كان للخصم الآخر أن ينكر خطه أو

إمضاءه أو أن يطعن في الورقة بالتزوير ، وإن كانت ورقة رسمية كان للخصم الآخر أن يطعن فيها بالتزوير . وفي جميع الأحوال يجوز للخصم الآخر — فيما لا يتحتم فيه الطعن بالتزوير — أن يثبت عكس ما هو ثابت ضده بالكتابة على أن يكون إثبات العكس بكتابة مماثلة وفقاً للأحكام التي قررها القانون . وإذا كان الدليل المقدم قرينة قضائية ، فالخصم الآخر أن يدحض هذه القرينة بقرينة مثلها أو بأي طريق آخر . وكذلك الحال في القرينة القانونية ، فإن الأصل فيها جواز إثبات العكس ، أما القرائن القانونية التي لا تقبل إثبات العكس فنادرة ولا بد في منع إثبات العكس فيها من نص في القانون .

وحتى الإقرار واليمين يتصور فيهما تطبيق هذه القاعدة . فإذا تمسك الخصم بالإقرار الصادر من الخصم الآخر ، جاز لهذا الخصم الآخر أن يتمسك ببطلان هذا الإقرار لعدم الأهلية أو للغلط أو لغير ذلك من العيوب . وإذا وجه الخصم اليمين الحاسمة للخصم الآخر ، جاز لهذا الخصم الآخر أن يرد على خصمه اليمين .

ويتبين من كل ذلك أن الأصل في الدليل الذي يقدمه الخصم تمكين الخصم الآخر من نقضه ، وأن حق الخصم في إثبات ما يدعيه يقابله حق الخصم الآخر في إثبات العكس .

٣٠ — لا يجوز لأي خصم أنه يصطنع دليلاً لنفسه : الأصل أن

الدليل الذي يقدم ضد الخصم يكون صادراً منه حتى يكون دليلاً عليه . فالورقة المكتوبة حتى تكون دليلاً على الخصم يجب أن تكون بخطه أو بامضائه . وإذا كانت الورقة ليست دليلاً كاملاً واقتصر أمرها على أن تكون مبدأً ثبوت بالكتابة ، فإنه يجب كذلك أن تكون صادرة من الخصم الذي يراد الإثبات ضده على التفصيل الذي سنبينه فيما بعد .

ومن ثم لا يجوز أن يكون الدليل الذي يتمسك به الخصم صادراً منه هو أو أن يكون من صنعه ، فمن البدهة أن الشخص لا يستطيع أن يصطنع دليلاً بنفسه لنفسه . «ولو يعطى الناس بدعواهم — كما جاء في الحديث الشريف — لا دعى

أناس دماء رجال وأموالهم»^(١) . فلا يجوز إذن أن يكون الدليل الذى يقدمه الخصم على صحة دعواه مجرد أقواله وادعاءاته ، أو أن يكون ورقة صادرة منه ، أو مذكرات دونها بنفسه . وتطبيقاً لذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٧٢ من التقنين المدنى على أنه «ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده ، فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذى تقوم عليه هذه الحيازة » . وهذه القاعدة فرع عن مبدأ أعم وأشمل ، هو أن الشخص لا يستطيع أن يخلق بنفسه لنفسه سبباً لحق يكسبه ، ومن استعجل الشئ قبل أوانه عوقب بحرمانه . فالوارث الذى يقتل مورثه يحرم من إرثه ، وإذا كان التأمين على حياة شخص غير المؤمن له برئت ذمة المؤمن من التزاماته متى تسبب المؤمن له عمداً فى وفاة ذلك الشخص أو وقعت الوفاة بناء على تحريض منه ، وإذا كان التأمين على الحياة لصالح شخص غير المؤمن له فلا يستفيد هذا الشخص من التأمين إذا تسبب عمداً فى وفاة الشخص المؤمن على حياته أو وقعت الوفاة بناء على تحريض منه (م ٧٥٧ مدنى) . ويعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الطرف الذى له مصلحة فى أن يتخلف قد حال بطريق الغش دون تحققه ، وكذلك لا أثر للشرط الذى تحقق إذا كان تحققه قد وقع بغش الطرف الذى له مصلحة فى أن يتحقق (م ٣٨٨ من مشروع التقنين المدنى الجديد) .

على أن القانون نص فى بعض الحالات ، لمبررات قدرها المشرع ، على جواز أن يتمسك الشخص بدليل صدر منه هو . من ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٣٩٧ من التقنين المدنى من أن «دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجوز للقاضى أن يوجه اليهين المتعممة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة» . ومن ذلك ما نص عليه التقنين التجارى من أن دفتر التاجر قد يكون حجة له على التاجر ، إذ تقضى المادة ١٧ من هذا التقنين بأنه «يجوز للقضاة قبول الدفاتر التجارية لأجل الاثبات فى دعاوى التجار المتعلقة بمواد تجارية إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانوناً» . ومن ذلك أخيراً ما نصت عليه المادة

(١) انظر طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٢٣٥ ونظام الإثبات فى القانون المدنى المصرى للأستاذ عبد الباسط جيمى ص ٩٣ .

٢٥٧ من تقنين المرافعات — في حالة امتناع الخصم من تقديم ورقة يلزمه القانون بتقديمها — من أنه «إذا لم يقدم الخصم بتقديم الورقة في الموعد الذي حددته المحكمة اعتبرت صورة الورقة التي قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها ، فان لم يكن خصمه قد قدم صورة من الورقة جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكلها أو بموضوعها»^(١) .

٣١ — لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه إلا في

مالات معينة : قدمنا أنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه . ويقابل ذلك أنه لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه (Nemo tenetur edere contra se) . فكما أن الخصم لا يستفيد من دليل صنعه لنفسه ، كذلك هو لا يضار بتقديم دليل ضد نفسه^(٢) .

غير أن بداهة القاعدة الأولى تفوق وضوح القاعدة الثانية . فقد رأينا أن حق الخصم في الاثبات قد يصل في بعض الحالات إلى حد إجبار خصمه أو الغير على تقديم دليل في حوزته . لذلك كانت هذه القاعدة الثانية في حاجة إلى إمعان في النظر .

فمن الممكن القول إن من امتنع من الخصوم دون حق أن يستجيب لطلبات خصمه من تقديم مستندات في حوزته ، أو جعل بفعله إثبات الدعوى مستحيلا بأن امتنع مثلا عن تقديم دليل تحت يده لا يمنع القانون من تقديمه ، جاز أن ينحسر دعواه ، وذلك بطريق القياس على من جعل بفعله تحقق الشرط الذي علق

(١) على أن الورقة قد تكون صادرة من الخصم فيستند إليها الخصم الآخر ، وفي هذا الاستناد إقرار من هذا الخصم الآخر بصحة ما جاء بالورقة ، ومن ثم يجوز للخصم الأول أن يحتج بها بالرغم من أنها صادرة منه هو (نقض مدني ٢٢ مايو سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ ص ٢٥٠ — نظام الإثبات في القانون المدني المصري للأستاذ عبد الباسط جيمي ص ٩٣ .

(٢) انظر في هذا المعنى استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩١١ المحاماة ٢ رقم ٦٩ ص ٢٢٢ — ٣٠ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢١١ ص ٤١٨ — استئناف مختلط ١٠ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٠٢ .

عليه التزامه مستحيلاً فإن القانون يفترض أن الشرط قد تحقق^(١) . بل إن الغير أيضاً — لا الخصم وحده — قد يلقي عليه واجب المعاونة في الإثبات . فيطلب شاهداً في الدعوى ويجب عليه الادلاء بشهادته فإذا تخلف عن الشهادة جاز الحكم عليه بالغرامة ، وإذا كانت تحت يده مستندات جازت مطالبته بإبرازها بين يدي القضاء^(٢) .

وقد تصل بعض الشرائع إلى حد أن تفرض بنص خاص التزاماً قانونياً على من يحوز أو يحرز شيئاً أو مستنداً يكون للغير مصلحة في عرضه لإثبات أمر يدعيه أن يعرض هذا الشيء أو يقدم هذا المستند للقضاء للكشف عما يمكن أن يتضمنه من وجوه إثبات الأمر المدعى به . ويرفع بهذا الالتزام القانوني دعوى تسمى بدعوى العرض (action ad exhibendum)^(٣) . وقد نص على هذه

(١) انظر الفقرة الأولى من المادة ٣٨٨ من مشروع التقنين المدني الجديد، وكان نصها يجري على الوجه الآتي : « يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الطرف الذي له مصلحة في أن يتخلف قد حال بطريق الفس دون تحققه » . وقد حذفت في لجنة المراجعة لإمكان استخلاص حكمها من القواعد العامة . وانظر أيضاً المادة ١١٧٨ من التقنين المدني الفرنسي وبلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤١١ ص ٨٣٤ .

(٢) ديموج ٣ ص ٣٤٧ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤١١ ص ٨٣٤ .

(٣) ويرجع أصل هذه الدعوى إلى القانون الروماني ، منذ عهد الألواح الاثني عشر على قول (أكارياس Accarias في القانون الروماني ٢ ص ٨٧٦) ، وفي آخر عهد الجمهورية على قول آخر (جيرار Girard الطبعة الثالثة ص ٦٢٩ هامش رقم ٢) — وانتقلت الدعوى في العصور الوسطى إلى القانون الكنسي (droit canonique) وإلى بعض قوانين العادات (droits coutumiers) في فرنسا . ولم يرد في شأنها نص عام في التقنين المدني الفرنسي ، ولكن وردت بعض نصوص تشريعية متفرقة في بعض تطبيقاتها التفصيلية . من ذلك الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٨٤٢ من التقنين المدني الفرنسي فيما يتعلق بمستندات العين المقسومة التي توجد في يد أحد الشركاء المتقاسمين ، ومن ذلك المواد من ١٤ إلى ١٧ من التقنين التجاري الفرنسي فيما يتعلق بتقديم دفاتر التجار والاطلاع عليها — ولكن الفقه والقضاء في فرنسا يميلان إلى تعميم هذه التطبيقات على حالات أخرى لم ينص عليها (ديموج ٣ فقرة ٢١١ — ديموج في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٢١ ص ٧٤٠ وسنة ١٩٢٨ ص ٨٩٨ — ديمونتييس Demontès في دعوى العرض في القانون الحديث رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ — حلاسون وتيسيه وموريل ، فقرة ٥٩٤ — موريل فقرة ٤٧٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٧١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤١٢ ص ٨٣٥ — ص ٨٣٦ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٧٣ — فقرة ١١٧٥ — نقض فرنسي ١٧ يونيو سنة ١٨٧٩ سيريه ١٨٨١ — ١ — ١١٦ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ١٨٩٩ — ١ — ٨٥ — ١٩ فبراير سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٧ — ١ — ٢٧١ — ١٦ مارس سنة ١٩٢١ مجلة القانون المدني ١٩٢١ ص ٧٤٠) .

الدعوى كل من القانون الألماني والقانون السويسرى والمشروع الفرنسى الايطالى . وأخذ بها القضاء الفرنسى دون نص ، بينها تارة على وحدة المصلحة أو الشركة فى المستند (communauté d'intérêt, communauté de titre) ^(١) لاسيما إذا كان هذا المستند عقداً ، وبينها طوراً على مصلحة العدالة (intérêt de la justice) ^(٢) . ويستخلص من أحكام القضاء الفرنسى أنه يجعل للخصم حق الاثبات ، ويلقى على خصمه واجب المعاونة فى ذلك ما استطاع إليه سبيلاً ، ما دام لا يوجد مانع قانونى كوجوب الاحتفاظ بسر المهنة ^(٣) . فاذا لم يقم الخصم بواجبه فى المعاونة ، وعطل على خصمه حقه فى الاثبات ، اعتبر فى منزلة من قام الدليل ضده ، وخسر الدعوى ^(٤) .

أما فى مصر ، فقبل صدور التقنين المدنى الجديد وتقنين المرافعات الجديد ،

(١) وذلك كمحاضر الجرد وعقود القسمة وتصفية التركات والأموال المشتركة وعقود الوكالة والشركات (بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٧٥ ص ٢٤٧ — ص ٢٤٨ .

(٢) محكمة رن ١٤ يونية سنة ١٩٢٨ المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٢٨ ص ٨٩٨ . انظر كذلك القضاء البلجيكى : بروكسل ٦ مارس سنة ١٨٦٣ پاسيكريزى ١٨٦٣—٩٦ — ليج ٤ أبريل سنة ١٨٦٨ پاسيكريزى ١٨٦٨—٢١٩ . ويذهب كل من القضاء الفرنسى والقضاء البلجيكى إلى أن المبدأ القاضى بالألا يجبر الخصم على تقديم مستند ضد نفسه (Nemo tenetur edere contra se) لا يجوز أن يتخذ ستاراً للحيلولة دون العدالة ولتحقيق أغراض ذاتية . ويقول بيدان وپرو فى هذه المناسبة إن الاحتماء بالمبدأ على هذا الوجه يعد ضرباً من التعسف (abus des droits) (بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٧٥ ص ٢٤٨) .

(٣) وكوجوب عدم انتهاك حرمة الرسائل ووجوب الامتناع عن الإضرار بالغير . وفى هذه الحدود لا يجوز للشخص الامتناع عن تقديم مستند أمره القضاء بتقديمه ، وإلا جاز الحكم عليه بغرامة تهديدية (astreinte) ، بل جاز الحكم ضده فى الدعوى (نقض فرنسى ١٥ يولية سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠١—١—٤٩٩ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٧٥ ص ٢٤٨ — ص ٢٤٩) .

(٤) ويجوز كذلك إجبار الغير على تقديم مستند تحت يده إذا كان هذا الغير شخصاً يقوم بوظيفة عامة وذلك كسجلى الحالة المدنية (officiers de l'état civil) وحافظى الرهون (conservateurs des hypothèques) وموثقى العقود (notaires) ، ويترك ذلك لتقدير القضاء . أما الأفراد الأجانب عن الحصومة فيجوز كذلك إجبارهم إذا ثبت ضدهم غش أو تدليس أو كانوا شهوداً فى الدعوى . هذا إلى أن الفرد الذى يمتنع دون حق عن تقديم مستند فى يده يفيد العدالة يكون مشلولاً عن تعويض الضرر الذى يحدثه بمقتضى المادة ١٣٨٢ من التقنين المدنى الفرنسى (بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٧٦ — فقرة ١١٧٧) .

كان القضاء يذهب إلى عدم إجبار الخصم على أن يقدم دليلاً يرى أنه ليس في مصلحته^(١) . إلا أنه إذا طلب الخصم تكليف خصمه بتقديم ورقة تحت يده وامتنع عن تقديمها ، فهذا الامتناع يكون محل اعتبار من المحكمة بحسب دلالة المحتملة ، ولا ينتج عنه اعتباره تسليماً بادعاء الطالب^(٢) ، وللمحكمة أن تقضى لمصلحة الخصم الذي يرجح لديها أنه هو الحق^(٣) ، ولها أن تستخلص من امتناع الخصم دليلاً للحكم ضده^(٤) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه « لا يجبر خصم على أن يقدم دليلاً يرى أنه ليس في مصلحته ، فإن من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به ، وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم مستند يملكه ولا يريد تقديمه » (نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٠ ص ١٦٠ — وانظر حكماً آخر فى ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ ص ١٠٨٢) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا قدم خصم فى دعوى على الحكومة ورقة قال إنها صورة غير رسمية من أحد الخطابات المتبادلة بين إحدى مصالح الحكومة ووزارة المالية ، جاز للحكومة أن تطلب من المحكمة أن تأمر باستبعادها من دوسيه الدعوى ، لأنه إذا كان لا يجوز إلزام الحكومة بتقديم الأصل ، فلا يجوز قبول تقديم ورقة زعم مقدمها أنها صورة طبق الأصل ليخرج الحكومة إلى تقديم الأصل المخالف للصورة (محكمة الاستئناف ٦ ديسمبر سنة ١٩١١ المحاماة ٢ رقم ٦٩ ص ٢٢٢) وقضت محكمة الموسيقى بأنه لا يجوز إعطاء صور التلغرافات للغير لأنها معتبرة من الأوراق الخصوصية (محكمة الموسيقى ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١١٤ ص ١٦٤) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه « إذا طلب الخصم تكليف خصمه بتقديم ورقة تحت يده مدعياً أن له حقاً فيها وامتنع عن تقديمها فهذا الامتناع إنما يكون محل اعتبار من المحكمة بحسب دلالة المحتملة وبغير إلزام من القانون بعده حتماً تسليماً بقول الطالب (نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٥ ص ٥٦٣) . وانظر أيضاً استئناف مختلط ١٠ يونية سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٤٠٢ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٢) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه « إذا كانت محكمة الموضوع قد اتخذت إجراء من إجراءات تحضير الدعوى بأن كلفت أحد الخصوم بتقديم ورقة من الأوراق ، فلم يقدمها وادعى عدم وجودها عنده ، فإن لها أن تحكم فى موضوع الدعوى لمصلحة الخصم الذى يرجح لديها أنه هو الحق . وبحسبها أن تكون قد دونت فى حكمها حجج الطرفين ، واعتدلت فى ترجيح ما رجحته منها على أسباب معقولة ، ليكون حكمها بعيداً عن رقابة محكمة النقض ، لأن الاجتهاد فى ذلك كله داخل فى فهم الواقع فى الدعوى مما لا شأن فيه للقانون » (نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٢ ص ١٠٨٢) .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا امتنع الخصم من تقديم مستند — كحضر جرد تركه — بعد تكليف المحكمة له بتقديمه ، وأصبح من المستحيل بسبب هذا الامتناع الاطلاع على هذا المستند ، اعتبر خصمه قد أقام الدليل على ما كان يطلب إثباته من واقع هذا المستند (استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٢) .

وقد كان المشروع الابتدائي للتقنين المدني الجديد يحتوي على نص يقرر دعوى العرض (action ad exhibendum) ويفصل أحكامها على غرار المشروع الفرنسي الايطالي ، فحذف في لجنة المراجعة لأنه أدخل في باب المرافعات ، وكان هذا النص (المادة ٢٧٣ من المشروع الابتدائي) يجري على الوجه الآتي : « ١ - كل من حاز شيئاً أو أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعى حقاً متعلقاً به متى كان فحص الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه ، فاذا كان الأمر متعلقاً بسندات أو أوراق أخرى ، فللقاضي أن يأمر بعرضها على ذي الشأن وبتقديمها عند الحاجة إلى القضاء ، ولو كان ذلك لمصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند إليها في إثبات حق له ، ٢ - على أنه يجوز للقاضي أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشيء إذا كان لمن أحرزه مصلحة مشروعة في الامتناع عن عرضه ، ٣ - ويكون عرض الشيء في المكان الذي يوجد فيه وقت طلب العرض ، ما لم يعين القاضي مكاناً آخر ، وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع نفقاته مقدماً ، وللقاضي أن يعلق عرض الشيء على تقديم كفالة تضمن لمن أحرز الشيء تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض » (١).

ولم يتضمن تقنين المرافعات الجديد هذا النص بالرغم من أن حذفه من مشروع التقنين المدني كان بسبب أنه أدخل في باب المرافعات كما تقدم القول . على أن تقنين المرافعات تضمن طائفة من النصوص لالزام الخصم بتقديم ورقة

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في شأن هذا النص ما يأتي : « يدخل الالتزام بتقديم شيء في نطاق الالتزامات المقررة بنص القانون . ويقتضى ترتيب هذا الالتزام اجتماع شروط ثلاثة : (أ) أولها أن يدعى شخص بحق يتعلق بشيء ، شخصياً كان الحق أو عينياً . (ب) والثاني أن يكون الشيء المدعى به في يد شخص آخر على سبيل الحيازة أو الإحراز ، سواء أكان هذا الشخص خصماً في الدعوى أم لم يكن خصماً فيها . (ج) والثالث أن يكون فحص الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه . ويرجع تقدير هذه الضرورة إلى القاضي ... فإذا اجتمعت الشروط المتقدم ذكرها ، جاز للقاضي أن يأمر بعرض الشيء أو الوثيقة المطلوبة ، إلا أن يتمسك المدين بمصلحة مشروعة أو سبب قوى للامتناع ، كالحرص على حرمة سر عائلي مثلاً . والأصل في العرض أن يحصل حيث يوجد الشيء وقت رفع الدعوى . ولكن يجوز للقاضي أن يحكم بغير ذلك كما هو الشأن في تقديم الشيء أمام القضاء . وتكون نفقات العرض على نفقة من يطلبه . ويجوز إلزامه ، إذا رأى القاضي ذلك ، بتقديم تأمين لضمان تعويض ما قد يصيب محرز الشيء من ضرر من وراء هذا العرض » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩١ - ص ٤٩٢ في الحاشية) .

تحت يده ، فنصت المادة ٢٥٣ على أنه « يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده : (١) إذا كان القانون يجيز مطالبتة بتقديمها أو تسليمها (٢) إذا كانت مشتركة بينه وبين خصمه ، وتعتبر الورقة مشتركة على الأخص إذا كانت محررة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة^(١) (٣) إذا استند إليها خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى^(٢) » . وأولى هذه الحالات — حالة ما إذا كان القانون يجيز المطالبة بتقديم الورقة أو تسليمها — مثلها ما نصت عليه المادة ١٦ من التقنين التجارى من أنه « لا يجوز للمحكمة في غير المنازعات التجارية أن تأمر بالاطلاع على الدفترين المتقدم ذكرهما (اليومية والمراسلات) ولا على دفتر الجرد إلا في مواد الأموال المشاعة أو مواد الشركات وقسمة الشركات وفي حالة الافلاس . وفي هذه الأحوال يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بالاطلاع على تلك الدفاتر » . فهذا نص يجيز في أحوال معينة في المنازعات التجارية وبعض المنازعات المدنية وهى الشيوخ والتركة وقسمة الشركات والافلاس — أن تأمر المحكمة من تلقاء نفسها بتقديم الدفاتر التجارية والاطلاع عليها لاثبات حق مدعى به ، ولكن النص محدود — كما نرى — من حيث الأحوال التى يجوز فيها الأمر بتقديم المستند ومن حيث نوع المستند ذاته . فهو لا ينطبق إلا على بعض الدفاتر التجارية . وكذلك نصت المادة ١٨ من التقنين التجارى على أنه « يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها في أثناء الخصومة بتقديم الدفاتر لتستخرج منها مايتعلق بهذه الخصومة » . فهذا نص آخر يجيز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها ، في جميع المنازعات التجارية والمدنية ، بالاطلاع على جميع الدفاتر التجارية . وهذا النص ، وإن كان مطلقاً من ناحية الأحوال التى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن قاعدة أنه لا يجوز إلزام خصم بتقديم مستندات لخصمه ولا يجوز انتقال المحكمة للاطلاع عليها إلا إذا كانت هذه المستندات رسمية لا تنطبق في حالة ما إذا كانت الورقة مشتركة بين الطرفين بأن كانت مثبتة لالتزامات متبادلة بينهما (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦١ ص ٣٢٠) .

(٢) ومن أجل ذلك نصت المادة ٢٥٨ من تقنين المرافعات على أنه « إذا قدم الخصم ورقة للاستدلال بها في الدعوى ، فلا يجوز له سحبها بغير رضا خصمه إلا بإذن كتابي من القاضى أو رئيس الدائرة » .

يجوز فيها الأمر بتقديم المستند ومن حيث نوع المستند ، إلا إنه محدود من حيث الغرض من تقديم المستند . فهذا الغرض مقصور على أن تطلع المحكمة - دون أن تطلع الخصوم كما هي الحال في شأن المادة ١٦ المتقدمة الذكر - على دفاتر التجار لا في جميع أجزائها بل في الجزء الذي وردت فيه البيانات المتعلقة بالخصومة . وسنعود إلى المادتين ١٦ و ١٨ من التقنين التجارى ببيان أوفى عند الكلام في دفاتر التجار كطريق من طرق الإثبات .

وتحدد المادة ٢٥٤ من تقنين المرافعات البيانات الواجب ذكرها في الطلب الذى يتقدم به الخصم لإلزام خصمه بتقديم الورقة الواجب تقديمها ، فتقول : « يجب أن يبين في هذا الطلب : (١) أوصاف الورقة التى تعينها (٢) فحوى الورقة بقدر ما يمكن من التفصيل (٣) الواقعة التى يستشهد بها عليها (٤) الدلائل والظروف التى تؤيد أنها تحت يد الخصم (٥) وجه إلزام الخصم بتقديمها » . وتبين المادة ٢٥٦ من تقنين المرافعات النتيجة التى ينتهى إليها الطالب فى حالة القدرة على إثبات صحة طلبه وفى حالة العجز عن هذا الإثبات على الوجه الآتى : « إذا أثبت الطالب طلبه أو أقر الخصم بأن الورقة فى حوزته أو سكت ، أمرت المحكمة بتقديم الورقة فى الحال أو فى أقرب موعد تحدده . وإذا أنكر الخصم ولم يقدم الطالب إثباتاً كافياً لصحة الطلب ، وجب أن يحلف المنكر يميناً بأن الورقة لا وجود لها أو أنه لا يعلم وجودها ولا مكانها وأنه لم يخفها أو لم يهمل البحث عنها ليحرم خصمه من الاستشهاد بها » . وتذكر المادة ٢٥٧ من تقنين المرافعات جزاء عدم تقديم الورقة أو الامتناع عن حلف اليمين ، فتقول : « إذا لم يقم الخصم بتقديم الورقة فى الموعد الذى حددته المحكمة أو امتنع عن حلف اليمين المذكورة ، اعتبرت صورة الورقة التى قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها ، فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من الورقة جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكلها أو بموضوعها » . وقد سبق أن أوردنا هذا النص كحالة يجوز فيها أن يتمسك الشخص بدليل صدر منه هو . وتجرى المادة ٢٥٩ من تقنين المرافعات الأحكام السابقة على إلزام الغير بتقديم ورقة تحت يده على النحو الآتى : « يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى ، ولو أمام محكمة الاستئناف ، أن تأذن فى إدخال الغير لإلزامه بتقديم ورقة تحت يده ، وذلك فى الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها فى المواد السابقة » .

وهذه النصوص كلها مستحدثة في تقنين المرافعات الجديد ، وقد أخذت عن تقنين المرافعات الألماني (م ٣٨٦ وما بعدها) وعن تقنين المرافعات التركي (م ٣٢٦ وما بعدها)^(١) . وهي على كل حال أضيق في نطاقها من دعوى العرض التي حذف نصها من مشروع التقنين المدني . فهي لا تجيز إلزام الخصم أو الغير بتقديم ورقة تحت يده هي مستند في الدعوى إلا في أحوال ثلاث ذكرتها المادة ٢٥٣^(٢) . أما نص مشروع التقنين المدني المحذوف فقد كان يجيز إلزام الخصم أو الغير بتقديم المستند الذي في حوزته حتى في غير هذه الأحوال الثلاث ، متى ثبت أن فحص هذا المستند ضروري للبت في الحق المدعى به ، ويرجع تقدير هذه الضرورة إلى القاضي . هذا إلى أن النص المحذوف عام يتناول المستندات وسائر الأشياء الأخرى . « فيجوز مثلاً — كما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى^(٣) — لمالك الشيء المسروق أن يطالب من يشبه في حيازته له بعرضه عليه ليتثبت من ذاتيته . ويجوز كذلك لوارث المهندس أن يطلب تمكينه من معاينة الترميمات التي أجراها مورثه حتى يتسنى له أن يعين مدى حقه في الأجر بعد أن آل إليه هذا الحق من طريق الميراث . فإذا كان الشيء الذي يطلب عرضه سنداً أو وثيقة فيلاحظ أمران : أولهما أن فحص الوثيقة قد يكون ضرورياً لا للبت في وجود الحق المدعى به وتعيين مداه ، بل لمجرد الاستناد إليها في إثبات

(١) انظر شرح المرافعات المدنية والتجارية للدكتور عبد المنعم أحمد الشرقاوى ص ٤٥٦ — ص ٤٦٠ وكتاب المرافعات المدنية والتجارية للدكتور أحمد أبو الوفا ص ٤٩٢ — ص ٤٩٤ .

(٢) ويكون الأمر مع ذلك أيضاً متروكاً لتقدير القاضي ، فله أن يرفض طلب تقديم الورقة ، ولو في إحدى هذه الحالات الثلاث ، إذا تبين له عدم جدية الطلب . وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كانت المادة ٢٥٣ من تقنين المرافعات تجيز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده إذا توافرت إحدى الأحوال الثلاث الواردة فيها ، إلا أن الفصل في هذا الطلب باعتباره متعلقاً بأوجه الإثبات متروك لتقدير قاضي الموضوع ، فله أن يرفضه إذا تبين له عدم جديته ، وإذن فتي كانت المحكمة ، إذ رفضت إجابة طلب الطاعن بإلزام المطعون عليه بتقديم دفاتر الوقف لإثبات وفائه للأجرة التي ادعى أنه قام بدفعها ، قد قررت ، بالأدلة المبصرة التي أوردتها وبما لها من سلطة التقدير الموضوعية في هذا الخصوص ، أنه طلب غير جدى ، فإن النعى عليها بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدني ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام محكمة النقض ٤ رقم ٢٩ ص ١٨٣) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩١ — ص ٤٩٢ في الحاشية .

حق للطالب . والثاني أن للقاضي أن يأمر عند الاقتضاء بتقديم الوثيقة للمحكمة لا مجرد عرضها على الطالب . فيجوز مثلاً لمشتري الأرض ، إذا تعهد بالوفاء بما بقي من ثمن آلة زراعية ملحقة بها ، أن يطلب عرض الوثائق الخاصة بتعيين القدر الواجب أدائه من هذا الثمن . ويجوز كذلك لموظف يدعى أنه عزل تعسفياً أن يطلب تقديم ملف خدمته للقضاء ليستخلص منه الدليل على التعسف .

وإذا كانت نصوص تقنين المرافعات الجديد ضيقة من حيث نطاقها ، فهي على العكس من ذلك واسعة من حيث ترتب الجزاء عليها ، وقد رأينا أن الخصم أو الغير إذا لم يقيم بتقديم الورقة اعتبرت صورة الورقة التي قدمها الخصم المدعى صحيحة مطابقة لأصلها ، فإن لم يكن هذا قد قدم صورة الورقة جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكلها أو بموضوعها . وهذا أقصى جزاء يمكن أن يترتب على الشخص إذا أخل بالتزامه القانوني من تقديم مستند تحت يده .

§ ٢ - مسائل الإثبات

٣٢ - مسائل مهمة : مسائل الإثبات بوجه عام ثلاث :

- (أولاً) محل الإثبات (objet de la preuve) .
 - (ثانياً) عبء الإثبات (charge de la preuve, onus probandi) .
 - (ثالثاً) طرق الإثبات (procédés de la preuve).
- ونتناول هذه المسائل الثلاث متعاقبات .

أولاً - محل الإثبات

١ - ماهو محل الإثبات :

٣٣ - محل الإثبات هو مصدر الحق وليس الحق ذاته : قدمنا أن محل الإثبات ليس هو الحق المدعى به ، شخصياً كان هذا الحق أو عينياً ، بل هو المصدر الذي ينشئ هذا الحق .

والمصادر التي تنشئ الحقوق ، أيا كانت ، لا تعدو أن تكون إما تصرفاً قانونياً (acte juridique) وإما واقعة قانونية (fait juridique) على النحو الذي بيناه فيما تقدم.

٣٤ — بل هو مصدر أية رابطة قانونية : والمدعى به لا يقتصر على أن يكون قيام حق ، بل قد يكون انقضاء هذا الحق . مثل ذلك أن يرفع شخص على آخر دعوى بدين ويثبت وجوده ، فيدفع المدعى عليه الدعوى بانقضاء الدين ، ففي هذا الدفع يصبح المدعى عليه مدعياً ويقع عليه عبء إثبات انقضاء الدين . ومثل ذلك أيضاً أن يرفع شخص على مالك عقار دعوى ثبوت حق انتفاع له على هذا العقار أو حق ارتفاق ويثبت هذا الحق ، فيدفع المدعى عليه الدعوى بانقضاء حق الانتفاع أو حق الارتفاق . وفي جميع هذه الأحوال يكون المدعى به في الدفع ليس وجود الحق ، شخصياً كان أو عينياً ، بل زواله . وزوال الحق كوجوده يرجع إما إلى تصرف قانوني وإما إلى واقعة قانونية . فحل الإثبات هنا أيضاً هو التصرف القانوني أو الواقعة القانونية .

وقد يكون المدعى به ليس وجود حق أو زواله ، بل وصفاً قانونياً يلحق وجود الحق أو زواله ، أي يلحق التصرف القانوني أو الواقعة القانونية . أما ما يلحق الواقعة القانونية فمثله أن تكون الواقعة المتمسك بها عملاً غير مشروع ثم توصف بأن الدافع لا ارتكابها هو الدفاع الشرعي عن النفس ، فهذا الوصف أيضاً هو واقعة قانونية يجب إثباته على النحو الذي تثبت به الواقعة القانونية الأصلية . وأما ما يلحق بالتصرف القانوني — غير الأوصاف المعروفة المعدلة لآثار الالتزام — فمثله أن يكون التصرف عقداً ويتمسك الخصم بأنه باطل أو بأنه قابل للإبطال أو بأنه قد فسخ . وأسباب البطلان منها ما يرجع للتراضي ومنها ما يرجع للمحل ومنها ما يرجع للسبب ، وهذه كلها جزء من التصرف القانوني تثبت على النحو الذي يثبت به . وأسباب القابلية للإبطال منها ما يرجع للأهلية ومنها ما يرجع لعيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال ، وهذه كلها وقائع قانونية تثبت على النحو الذي تثبت به الواقعة القانونية . وأسباب الفسخ قد تكون تصرفاً قانونياً بأن يختار العاقد فسخ العقد بإرادته ، وقد تكون واقعة قانونية ألا يقوم العاقد بتنفيذ التزامه في عقد ملزم للجانبين .

٣٥- محل الإثبات ليس إلا التصرف القانوني أو الواقعة القانونية :

ويتبين من ذلك كله أن محل الإثبات لا يعدو أن يكون تصرفاً قانونياً أو واقعة قانونية . فالى هذين مرد نشوء الحق وزواله وتعديله وأوصافه القانونية . بل إلى هذين مرد كل الروابط القانونية ، أيا كانت هذه الروابط .

ومن ثم لا معدى لمن يقوم بالإثبات من أن يثبت أحد أمرين . إما تصرفاً قانونياً أو واقعة قانونية^(١) . ومتى أثبت ذلك ، كان على القاضي أن يستخلص مما ثبت ما يرتب القانون عليه من الآثار .

٣٦- عنصر الادعاء - الواقع والقانون : فالادعاء بحق أو بآية

رابطة قانونية أمام القضاء ينقسم إذن إلى عنصرين :

(١) فلا يكون الحق ذاته محلاً للإثبات كما قدمنا . وقد جاء في الموجز للمؤلف (ص ٦٤٩ - ص ٦٥٠) تأكيداً لهذه القاعدة الهامة ما يأتي : «ويعتبرنا أن نشدد في بيان أن الأمر الذي يكون محلاً للإثبات هو مصدر الحق لا الحق ذاته . فإن الغفلة عن هذه القاعدة الجوهرية يوقع في كثير من الخلط . وينبني على ذلك أن الالتزام ذاته لا يكون محلاً للإثبات ، فهو لا يثبت أو ينتفى ، بل هو يستخلص من مصدره ، ومصدر الالتزام وحده هو الواقعة القانونية التي تكون محلاً للإثبات ، فالدائن الذي يريد إثبات التزام في ذمة مدينه عليه أن يثبت مصدر هذا الالتزام ، هل هو عقد أو إرادة منفردة ، أو هو عمل غير مشروع ، أو هو إثراء على حساب الغير ، أو هو واقعة طبيعية يرتب عليها القانون إنشاء هذا الالتزام . وهذه هي مصادر الالتزام التي بينها في أول هذا الكتاب . ونرى من ذلك أن الأمر الذي يكون محلاً للإثبات بالنسبة لجميع الحقوق هو الواقعة القانونية (fait juridique) دائماً ، فإن الواقعة القانونية هي مصدر لكل الحقوق كما بينا . وهي إما أن تكون واقعة طبيعية أو واقعة اختيارية ، والواقعة الاختيارية إما أن تكون عملاً مادياً أو عملاً قانونياً ، والعمل القانوني إما أن يكون عقداً أو إرادة منفردة ، على التفصيل الذي قدمناه» .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتي : «يتعين أن يقام الدليل على كل واقعة قانونية يدعى بها وفقاً للأحكام المنصوص عليها في القانون المدنى ، متى نوزعت هذه الواقعة أو أنكرت صحتها . والجوهرى في هذا الصدد هو أن الإثبات يرد على الواقعة القانونية ذاتها بوصفها مصدراً للحق أو الالتزام ، دون هذا الالتزام أو ذاك الحق . وغنى عن البيان أن تفصيل هذه الفكرة أشكل بأغراض الفقه منه بأغراض التقنين» . ثم لما تليت المادة ٥٢٦ من المشروع التمهيدى في لجنة المراجعة ، ونصها : «على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه» ، ذكر أن المقصود بعبارة «إثبات الالتزام» هو إثبات مصدر الالتزام . (انظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٩ - ص ٣٥٠) .

(١) عنصر الواقع ، وهو مصدر الحق المدعى به ، أى التصرف القانونى أو الواقعة القانونية التى أنشأت هذا الحق . وهذا العنصر هو وحده الذى يطالب المدعى بإثباته . والإثبات هنا يتناول مسائل موضوعية لارقابة لمحكمة النقض عليها ، إلا فيما يرسمه القانون من قواعد قانونية للإثبات يلتزم القاضى بتطبيقها فى السماح للخصوم بإثبات هذه المسائل . فمثلاً إذا رفع المشتري على البائع دعوى بتثبيت ملكيته للعقار الذى اشتراه ، فإن ثبوت عقد البيع مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض ، ولكن وجوب إثبات البيع إذا زادت قيمته على عشرة جنيهات بالكتابة أو بما يقوم مقامها مسألة قانونية تخضع لهذه الرقابة .

(٢) عنصر القانون ، وهو استخلاص الحق من مصدره بعد أن يثبت الخصم هذا المصدر ، أى تطبيق القانون على ما ثبت لدى القاضى من الواقع . وهذا من عمل القاضى وحده ، لا يكلف الخصم إثباته ، فالقانون لا يكلف أحداً هذا الإثبات ، بل على القاضى أن يبحث من تلقاء نفسه عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق على ما ثبت عنده من الواقع فيطبقها . وهو فى تطبيقها يخضع لرقابة محكمة النقض ^(١) . ففى المثل المتقدم ، بعد إثبات عقد البيع بالكتابة ، يكون على القاضى أن يستخلص منه التزاماً فى ذمة البائع بنقل ملكية العقار المبيع للمشتري ، وعلى القاضى أن يستخلص أيضاً أن الملكية لا تنتقل فعلاً إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع . وكل هذه مسائل قانونية يقضى بها دون أن يكلف أحداً من الخصمين بإثباتها ، فهى ليست محلاً للإثبات إذ المفروض أن القاضى هو

(١) وذلك على عكس العنصر الأول ، عنصر الواقع ، فهو كما قدمنا مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض . وقد وازن بارتان (أوبرى ورو جزء ١٢ طبعة خامسة فقرة ٧٤٩ هامش رقم ٢ مكرر ٤) بين منطقة الإثبات - وهى منطقة الواقع - ومنطقة الطعن بالنقض - وهى منطقة القانون - وعارض إحداها بالأخرى .

ولاحظ بارتان بحق (أوبرى ورو جزء ١٢ طبعة خامسة فقرة ٧٤٩ هامش رقم ٣) أن القاعدة التى تقضى بوجوب أن يبحث القاضى من تلقاء نفسه عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق هى التى تؤسس قاعدة أخرى معروفة تقضى بجواز إثارة وجوه للطعن جديدة (moyens nouveaux) فى الاستئناف دون النقض . ذلك أن قاضى محكمة أول درجة ملزم بالبحث من تلقاء نفسه عن جميع القواعد القانونية التى يجب تطبيقها فى الدعوى . فإذا قصر فى البحث ، جاز لمحكمة الاستئناف ، من تلقاء نفسها كذلك ، أن تتدارك هذا النقص . ومن ثم جاز للخصوم أيضاً أن يثيروا وجوها قانونية جديدة لم تسبق لهم إثارتها أمام محكمة أول درجة ، لأن هذه المحكمة كان من الواجب عليها أن تثير هذه الوجوه القانونية من تلقاء نفسها .

(م ٤ الوسيط ج ٢)

أول من يعلم القانون وقد ناطت الدولة به تطبيقه . بل إن القاضي لا يستطيع أن يمتنع عن القضاء بحجة أنه لا توجد أحكام قانونية يمكن تطبيقها ، وإن امتنع عد امتناعه نكولاً عن أداء العدالة (déni de justice) .

٣٧ - تفسير القانون يلحق بمنصر القانون ، ويقع عبؤه على

القاضي لا على الخصم : وقد يقع أن تكون أحكام القانون غامضة ، فتكون في حاجة إلى التفسير . وعلى القاضي أيضاً يقع عبء هذا التفسير لا على الخصم . فالقاضي هو المنوط به تفسير القانون وتطبيقه تطبيقاً صحيحاً على الواقع الذي ثبت أمامه بالطرق القانونية . وإذا كان الخصم يجتهد في أن يقنع القاضي بتفسير للقانون يكون في مصلحته ، فليس هذا من جهة الخصم إثباتاً لأحكام القانون ، بل هي محاولة يبذلها لحمل القاضي على أن يفهم القانون الفهم الذي يتفق مع مصلحته . وهي محاولة لم يكلف القانون الخصم بها ، ولم يرسم لها طرقاً معينة كما رسم لإثبات الواقع . وهي بعد محاولة قد تنجح وقد تفشل ، وللقاضي فيها القول الفصل . وآية ذلك أن القاضي في تفسير القانون يستطيع أن يحكم بعلمه ، وهو لا يستطيع ذلك في إثبات الواقع . بل هو في القانون وفي تفسيره لا يحكم إلا بعلمه ، وهذا العلم هو مصدره الوحيد لمعرفة القانون . وغنى عن البيان أنه يستعين في تحصيل هذا العلم بمراجعة نصوص القانون ، وما وضعه الفقه من شرح لهذه النصوص ، وما قرره القضاء من مبادئ في تطبيقها . ولكنه في النهاية يعتمد على فهمه الشخصي لأحكام القانون ، لا يقيد في ذلك فقه مبسوط أو قضاء سابق . وإنما يكون في هذا الفهم الشخصي خاضعاً لرقابة المحكمة العليا ، فتعقب على قضائه فيما ترى التعقيب عليه (١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأنه لكي ينتج الإقرار أثره القانوني يجب أن يكون متعلقاً بواقعة لا بالتطبيق القانوني ، لأن تفسير القانون وتطبيقه على واقعة الدعوى هو من شأن المحكمة وحدها لا من شأن الخصوم . وإذن فإن إقرار المطعون عليهما بانطباق المادة ٣٧ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على الوصية موضوع النزاع لا يقيد المحكمة في شيء (٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام محكمة النقض السنة الخامسة رقم ٥ ص ٦٢) .

هذا وقد يدور النزاع ، لا حول معرفة القانون أو تفسيره ، بل حول تاريخ نشره ، وتاريخ النشر واقعة مادية تثبت بجميع الطرق وبخاصة عن طريق البحث في الجريدة الرسمية (قارب بيدان ورو ٩ فقرة ١١٤٢ ص ٢٠٩ - ص ٢١٠) .

٣٨- متى يصبح القانون مسألة موضوعية يتعين على الخصم إثباته -

العادة الاتفاقية والقانون الاجنبي : على أن القانون يصبح مسألة موضوعية ،
فيتعين على الخصم إثباته ، ولا يخضع القاضى فى تطبيقه لرقابة محكمة النقض ،
فى موضعين :

(أولاً) إذا كانت هناك قاعدة تقوم على العادة الاتفاقية (usage conventionnel) وتعتبر شرطاً مفترضاً فى العقد لا حاجة إلى التصريح به. فتصبح القاعدة فى هذه الحالة شرطاً من شروط العقد ، شأنها فى الإثبات شأن سائر شروط العقد يتعين على من يتمسك بها أن يقوم بإثباتها . فإذا سلم بها الخصم الآخر لما استفاض من شهرتها العامة (notoriété publique) ، أخذ بها القاضى كمسألة موضوعية ثابتة . وإن نازع الخصم فيها ، كان على ذى المصلحة من الخصوم أن يثبتها ، ويكون ذلك بجميع الطرق ولو بالبينة أو بقول أهل العلم بها^(١) . ذلك أن هذه القاعدة ، وإن كانت تدخل ضمن قانون العقد ، إلا أنها تصبح مسألة واقع لامسألة قانون ، إذ ترد فى النهاية إلى إرادة المتعاقدين المفترضة ، فهما قد ارتضيا فرضاً ما ألفته الناس فى التعامل من الشروط^(٢) .

ثم إن المراد إثباته هنا ليس هو أن المتعاقدين قد ارتضيا القاعدة شرطاً من شروط العقد ، فإن التراضى على ذلك مفروغ منه بحكم أن القاعدة تقوم على العادة التى ألفتها الناس فى التعامل ، وإلا لوجب أن يكون إثباتها بالكتابة فيما يجب إثبات التصرف القانونى فيه بهذه الطريقة . ولكن الإثبات ينصب فى هذه الحالة على مجرد وجود العادة الاتفاقية وقيامها المادى (sa matérialité) ، وهذه

(١) بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٤٥ ص ٢١٣ .

(٢) وقد قضت محكمة مصر (الدائرة الاستثنائية) بأنه يجوز تفسير العقد المكتوب بالرجوع إلى العادات المتبعة فى التجارة ، والتى يكون من شأنها تغيير نتائج العقد الاعتيادية غير المذكورة فيه . وهذه العادات يصح إثباتها بالبينة . وينتج عن ذلك أنه إذا امتلك دباغان عقاراً شائعاً بينهما لحاجات صناعتهما ، صح الحكم ، تبعاً للعادة عند أرباب طائفتهم ، بأن من يكون منهما قد أقام معملاً على العقار بعد الامتلاك ، له الحق فى طلب تثبيت ملكيته له خاصة ولو لم يكن ثمة شرط صريح (١١ أبريل سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٦٨) .

واقعة مادية تثبت بجميع الطرق كما قدمنا . ويخلص من ذلك أن التعرف على القاعدة التي تقوم على العادة الاتفاقية لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، بل يصبح مسألة واقع لا تعقيب فيها على محكمة الموضوع .

وهذا بخلاف القاعدة القانونية التي يكون مصدرها العرف (coutume) لا العادة (usage) ، فهذه مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض . وقد عارض بارتان^(١) بين العادة والعرف من حيث الإثبات . فالعادة ، على ما عرفت ، عنصر من عناصر الواقع ، يتمسك بها الخصم فعليه إثباتها ، كما يفعل في سائر شروط العقد الصريحة أو الضمنية . أما العرف فقاعدة قانونية ، شأنها في الإثبات شأن القواعد القانونية التي يكون مصدرها التشريع . وليست القاعدة القانونية التي تقوم على العرف في حاجة إلى الإثبات أكثر من حاجة القاعدة القانونية التي تقوم على التشريع . كلتا القاعدتين قانون واجب التطبيق (opinio juris vel necessitatis) يتعين على القاضي البحث عنه من تلقاء نفسه لتطبيقه ، دون حاجة إلى إثباته من جانب الخصوم^(٢) .

(١) تعليق بارتان على أوبري ورو جزء ١٢ طبعة خامسة فقرة ٧٤٩ هامش رقم ٣ مكرر .
(٢) وقد كانت القاعدة القانونية التي تقوم على العرف تعتبر في الماضي عنصراً من عناصر الواقع يتعين على الخصم إثباتها ، شأنها في ذلك شأن العادة الاتفاقية . ويرجع السبب في ذلك إلى رغبة المحشين (Glossateurs) في أن تتغلب قواعد القانون الروماني على قواعد العرف المحلية (droits coutumiers locaux) . فقواعد القانون الروماني لا حاجة إلى إثباتها بل القاضي يبحث عنها من تلقاء نفسه ليطبقها ، أما قواعد العرف فهذه لا يطبقها القاضي إلا إذا أثبت الخصوم قيامها ، وبذلك تتغلب قواعد القانون الروماني على قواعد العرف . ثم بقي العمل على ذلك في فرنسا طوال القرن التاسع عشر لسبب آخر غير فكرة تغليب قواعد القانون الروماني التي أصبحت غير ذات موضوع بعد صدور التقنين المدني الفرنسي . ذلك أن مدرسة الشراح على المتون (l'école de l'exégèse) ، التي ظلت سائدة طوال ذلك القرن ، كانت تعتبر أن القواعد القانونية لا تستمد إلا من التشريع ، فالتشريع وحده هو الذي يبحث عنه القاضي من تلقاء نفسه لتطبيقه دون حاجة إلى إثباته من جانب الخصوم ، أما العرف فيتعين على الخصوم إثباته . ولما اندثرت هذه المدرسة في أوائل القرن العشرين ، اتجه الفقه الفرنسي اتجاهاً آخر ، تحت تأثير جني (Gény) وسالي (Saleilles) والفقه الجرمانى ، فاعتبر القاعدة القانونية التي تقوم على العرف في قوة القاعدة القانونية التي تقوم على التشريع (opinio juris vel necessitatis) كلتاها قانون واجب التطبيق يتعين على القاضي البحث عنه من تلقاء نفسه لتطبيقه (بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٤٤ ص ٢١١ - ص ٢١٢) .

(ثانياً) إذا كان القانون المطبق قانوناً أجنبياً بمقتضى قاعدة من قواعد الإسناد .
مثل ذلك أن يطبق القاضي القانون الفرنسى فى الحكم بصحة عقد زواج فرنسى
بفرنسية . فهنا توجد مسألتان : (١) مسألة قانون ، هى قاعدة الإسناد التى
تقضى بالرجوع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين ،
وهى جزء من نصوص التقنين المدنى المصرى (م ١٢ من التقنين المدنى الجديد) ،
ويخضع القاضي فى تطبيقها لرقابة محكمة النقض . (٢) ومسألة واقع ، هى أحكام
القانون الفرنسى (وهو قانون كل من الزوجين) الخاصة بصحة الزواج ،
وهذه تكون محلاً للإثبات ، ويكلف الخصم ذو المصلحة إثباتها ، ومتى ثبتت
وأخذ بها القاضي فانه لا يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض فى التعرف على
أحكام القانون الأجنبى . وهنا أيضاً نرى أن القانون - القانون الأجنبى - يصبح
مسألة موضوعية يتعين على الخصم إثباته ، ويعتبر فى هذه الحالة واقعة مادية
يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ويدخل فى ذلك رأى أهل العلم بالقانون الأجنبى
والنصوص الرسمية لهذا القانون وما يقترن بهذه النصوص من تفسير فقهى
وقضائى .

= على أن هناك فارقاً عملياً بين العرف والتشريع . فالتشريع أمر التعرف عليه ميسور ، فهو
محصور فى عبارات مكتوبة ، يصدر من هيئة معينة ، وفى يوم معين ، وينشر فى سجل معروف ،
ومن ثم يسهل استيعابه . أما العرف فيتكون على مر الزمن ، لا يعرف كيف بدأ ، ولا متى
انتهى ، فيصعب فى بعض الأحوال الاستيثاق منه . لذلك كان من مصلحة الخصم الذى يتمسك
بالعرف ويستطيع إثباته أن يثبت للقاضى ، حتى لا تضيق عليه الفرصة إذا كان القاضى يجهل هذا
العرف ولا يستطيع العثور عليه من تلقاء نفسه . على أنه بالرغم من هذا الفارق العملى ، يبقى
العرف قانوناً لا يطالب الخصم بإثباته ، وعلى القاضي أن يبحث عنه ، ويقضى فيه بعلمه ،
ولمحكمة النقض أن تعقب عليه إذا هو طبق عرفاً غير موجود أو أغفل عرفاً قائماً ، سواء تنبه
إلى ذلك أو لم يتنبه (بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٤٤ ص ٢١٢ - الأستاذ عبد الباسط جيمعى فى
نظام الإثبات فى القانون المدنى المصرى فقرة ٥٩ - فقرة ٦٢) ، ويذهب الدكتور عبد المنعم
فرج الصدة (ص ٢٦) ، مسaire فى ذلك الأستاذين حامد فهمى ومحمد حامد فهمى فى كتاب
«النقض» (فقرة ١٦ و فقرة ١٧) إلى أن العرف إذا كان محلياً « فإن افتراض علم القاضي
به يصبح غير معقول ، وبالتالي يكون على الطرف الذى يستند إليه أن يثبت . وفى هذه الحالة
يأخذ العرف حكم الواقعة التى يتعين إثباتها ، فيكون أمر التثبت من قيامه متروكاً للقاضى ،
فلا يخضع فيه لرقابة محكمة النقض ، أما تطبيق هذا العرف بعد أن ثبت قيامه فيخضع لرقابة
محكمة النقض » .

وعلى هذا جرى القضاء المصرى^(١) مقتدياً فى ذلك بالقضاء الفرنسى^(٢).
والفقه فى فرنسا منقسم فى هذه المسألة . فريق يؤيد القضاء الفرنسى لأسباب
ترجع فى الغالب إلى اعتبارات عمالية إذ لا يتيسر للقاضى فى كثير من الأحوال
أن يلم بالقانون الأجنبى^(٣) . وفريق آخر يعارض القضاء الفرنسى ويعتبر تطبيق
قانون أجنبى مسألة قانون لا مسألة واقع ، لأن القانون لا تتحول طبيعته فيصبح
واقعاً بمجرد أن قاضياً أجنبياً يطبقه بمقتضى قاعدة إسناد فى قانونه الوطنى^(٤) .
وهناك من الفقهاء من يرى وجوب اعتبار تطبيق القانون الأجنبى مسألة قانون ،
ولكنه مع ذلك يقر موقف القضاء الفرنسى للضرورات العملية^(٥) . والفقه

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من يتمسك بقانون أجنبى يجب عليه أن يثبتته
وجوداً ومعنى (استئناف مختلط ٩ يونية سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٥٥) . انظر أيضاً حكماً آخرى
هذا المعنى (استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩٧) . وقد جرى قضاؤنا
المختلط — وكان القضاء الذى تناح له فرصة تطبيق القوانين الأجنبية قبل استكمال المحاكم الوطنية
لولايتها — فى هذا مجرى القضاء الفرنسى (قارن الدكتور محمد عبد المنعم رياض فى مبادئ
القانون الدولى الخاص طبعة ثانية فقرة ٤٣٣) . والمستقبل كفى بمعرفة ما سيجرى عليه قضاؤنا
الوطنى فى هذه المسألة بعد أن استكمل ولايته ، وهل سيحذو حذو القضاء المختلط فى تقليده
للقضاء الفرنسى ، أو يسير فى طريق مستقل مهتدياً بالمبادئ العلمية السليمة .

(٢) انظر محكمة النقض الفرنسية (مدنى) فى ٦ فبراير سنة ١٨٤٣ سيريه ١٨٤٣ — ١ —
٢٠٩ — حكماً ثانياً فى ١٦ مايو سنة ١٨٨٨ دالوز ١٨٨٨ — ١ — ٣٠٥ — حكماً ثالثاً (دائرة
المرايض) فى ١٩ فبراير سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٣٠ — ١ — ٤٩ — حكماً رابعاً فى ٧ مارس
سنة ١٩٣٨ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ — ٢٥٨ — حكماً خامساً فى ٢٢ مارس سنة ١٩٤٤
دالوز ١٩٤٤ — ١٤٥ — حكماً سادساً فى ٢٥ مايو سنة ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٨ — ٣٥٧ .

(٣) باتيفول فقرة ٣٢٣ ص ٣٤٠ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٤٧٩ — ديمولومب ٢٩
فقرة ١٨٥ — بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٥٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٠٩
ص ٨٣١ — ص ٨٣٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٦٤ — دى پاچ (الفقه
البلجيكي) ٣ فقرة ٧٠٦ . وانظر فى القانون المقارن رسالة الدكتور محمد صادق فهمى
ص ٣٤٤ — ص ٣٤٨ . وانظر أيضاً نبوايه فى مجلة القانون الدولى والتشريع المقارن ١٩٢٨
فقرة ٦ .

(٤) مورى فى القواعد العامة فى تنازع القوانين ص ٦٩ — بارتان فى مبادئ القانون
الدولى الخاص جزء ١ فقرة ١٠٧ — فارى سومير ٢ فقرة ١١١٠ — فاليرى فقرة ٤٣٩ —
أرمانجون ١ فقرة ١٤١ .

(٥) مارتى رسالة من تولوز فقرة ٩٦ — ليريبور ييجونيير فى القانون الدولى الخاص
طبعة ثالثة ص ٢٤٩ .

في مصر منقسم انقسام الفقه في فرنسا (١) .

ونحن ، مع ذلك ، لا نتردد في اعتبار تطبيق أحكام القانون الأجنبي مسألة قانون لا مسألة واقع . فان القاضي ، إذا أمره قانونه الوطني بتطبيق أحكام قانون أجنبي ، وجب أن يعتبر أحكام هذا القانون الأجنبي بالنسبة إلى القضية التي يطبق فيها هذه الأحكام جزءاً من قانونه الوطني . فعليه إذن أن يبحث من تلقاء نفسه عن أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق في هذه القضية . وله أن يصدر في هذه الأحكام عن علمه الشخصي . ولا يجوز له أن يمتنع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي بدعوى عدم إمكان الاهتداء إليها ، وإلا عد امتناعه نكولاً عن أداء العدالة (déni de justice) . بل ويكون في تطبيقه لأحكام القانون الأجنبي ، كما هو في تطبيقه لقاعدة الاسناد التي أمرته بتطبيق هذه الأحكام ، خاضعاً لرقابة محكمة النقض . وتفسر هذه المحكمة القانون الأجنبي ، لا طبقاً لرأيها الشخصي ، بل وفقاً لما تفسره به محاكم البلد الذي ينسب إليه هذا القانون وبخاصة المحكمة العليا منها . ونحن إنما نذهب إلى هذا الرأي لأنه لا يصح أن تتغير طبيعة القانون فيصبح واقعاً ، سواء كان هذا القانون قانوناً وطنياً أو كان

(١) أكثر الفقه في مصر على أن تطبيق القانون الأجنبي يعتبر مسألة من مسائل القانون ، تصريحاً (الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ص ٢٩ - ص ٣٠) ويذهب إلى وجوب اعتبار تطبيق القانون الأجنبي مسألة من مسائل القانون وقد «نكون معاونة الخصم في بيان حكم القانون الأجنبي لازمة من الناحية العملية ، ولكن هذا لا ينزل بالقانون الأجنبي إلى مستوى الواقعة ، ثم انه إذا كان القانون الوطني يقضى بتطبيق القانون الأجنبي على نزاع معين ، فإن هذا يقتضي تطبيقه على الوجه الصحيح وذلك بأن تكون مخالفته والخطأ في تفسيره محل رقابة من محكمة النقض . أما الصعوبة المزعومة في الإلمام بالقانون الأجنبي فلم يعد لها وجود بعد ما نراه اليوم بين مختلف الدول من صلات علمية ساعدت على تبادل المجموعات القانونية والقضائية والمؤلفات الفقهية بصورة شاملة» . انظر ايضاً نفس المؤلف ص ٢٧ - ص ٢٨ فيما جرى عليه العمل في هذه المسألة في إنجلترا وألمانيا وسويسرا وإيطاليا) ، أو تلميحاً (الدكتور محمد عبد المنعم رياض في مبادئ القانون الدولي الخاص طبعة ثانية فقرة ٤٣٢ - فقرة ٤٣٣ — الدكتور حامد زكي في القانون الدولي الخاص المصري طبعة أولى فقرة ١٦٧ - فقرة ١٦٨ — الأستاذ أحمد نشأت رسالة الإثبات فقرة ٢٠ — الدكتور سليمان مرقس في أصول الإثبات في المواد المدنية فقرة ١٩ ص ١٨) - والقليل يذهب إلى أن تطبيق القانون الأجنبي يعتبر مسألة من مسائل الواقع (الدكتور عبد السلام ذهني في نظرية الإثبات ١ ص ٩٤ - وبخاصة الأستاذ عبد الباسط جمبجي ص ٥٥ - ص ٥٧ ويذهب إلى اعتبار القانون الأجنبي واقعة، إذ أن القاضي لا يفترض =

قانوناً أجنبياً يأمر القانون الوطني بتطبيقه فيصبح جزءاً منه في حدود هذا التطبيق .
والذى دعا إلى القول بنزول مرتبة القانون الأجنبي إلى حد أن يكون واقعاً
لاقانوناً أمران . (الأمر الأول) يرجع إلى التاريخ . فقد كان القانون الأجنبي
في الماضي لا يعامل معاملة القانون الوطني . وإذا أجزت تطبيقه فعلى اعتبار أنه
واقع لا قانون . فلا يفترض العلم به ، ولا يبحث القاضى عن أحكامه من تلقاء
نفسه بل يجب على الخصم إثباتها ، ولا يخضع القاضى في تطبيقه هذه الأحكام
لرقابة محكمة النقض ، وإذا امتنع عن تطبيقه لم يعد ناكلاً عن أداء العدالة .
وكان هذا يرجع إلى نظرية عتيقة تقول بأن القانون الأجنبي إنما يطبق على سبيل
المجاملة الدولية (ex comitate gentium) وقد هجرت هذه النظرية هجراناً
تاماً وعفا عليها الزمن ، فقيم الإبقاء على بعض آثارها والأصرار على عدم رد
اعتبار القانون الأجنبي ^(١) . (والأمر الثانى) يرجع إلى العمل . فقد يصعب
في بعض الأحوال أن يهتدى القاضى من تلقاء نفسه إلى أحكام القانون الأجنبي ،
ومن ثم كان تكليف الخصم باثبات هذه الأحكام تيسيراً لمهمته . ولكن هذه
الحجة لا تصلح سبباً لتغيير طبيعة القانون . على أن مهمة القاضى في هذا الصدد ،
بعد انتشار العلم بالقوانين الأجنبية وازدياد المراجع التى يمكن الانتفاع بها في
تحصيل هذا العلم ، لم تصبح من العسر على ما كانت منه في الماضي . وبعد ،
فلا يوجد ما يمنع القاضى من الاستعانة بالخصم صاحب المصلحة في الاهتداء
إلى أحكام القانون الأجنبي ، ومصلحة الخصم أكبر دافع له في ذلك ، على أن
يبقى القاضى هو صاحب القول الفصل في التعرف على أحكام القانون الأجنبي ،

== فيه علم قانون غير دولته فهو ليس أداة لإلا لدولته . ولا يعترض بأن قانون دولته أمره بتطبيق
قانون أجنبى فقد أمره أيضاً بتطبيق قانون العقد والعقد واقعة . ولكن القانون الأجنبى واقعة
عامة من الوقائع التى يمكن أن تكون محلاً لعلم الكافة ، فلا جناح على القاضى أن يبحث عنها
إن شاء ، ولا عليه أيضاً إن أجرى في شأنها علمه الشخصى ولا يكون قضاؤه فيها بعلمه محل طعن
ما دام علمه مطابقاً للحقيقة . فإن لم يطمئن القاضى إلى نتائج بحثه وجب على الخصم إقناعه ،
فإن لم يستطيعوا جاز له أن يعتبر هذه حالة من الحالات التى لا يوجد فيها نص تشريعى وقد يرى
تطبيق القانون المصرى على أساس أن هذا هو ما تقتضى به العدالة) .

(١) بارتان على أوبرى ورو جزء ١٢ طبعة خامسة فقرة ٧٤٩ هامش رقم ٣ مكرر ٤ —
انظر أيضاً بيدان وبيرو ٩ فقرة ١١٤٣ .

خاضعاً في ذلك لرقابة محكمة النقض^(١).

ب - الشروط الواجب توافرها في محل الإثبات :

٣٩ - طائفتان من الشروط : والواقعة المراد إثباتها يجب أن تتوافر فيها جملة من الشروط ، يمكن تقسيمها إلى طائفتين : (١) طائفة من الشروط بدايتها تغني عن الإطالة فيها ، وهي أن تكون الواقعة محددة (déterminé) وغير مستحيلة (possible) وغير معترف بها (contesté) . (٢) وطائفة أخرى نصت عليها المادة ١٥٦ من تقنين المرافعات الجديد على الوجه الآتي : « يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ، منتجة فيها ، جازاً قبولها » .

٤٠ - شروط برهنة : أما أن تكون الواقعة المراد إثباتها محددة فهذا بديهي ، فالواقعة غير المحددة لا يستطيع إثباتها . ولو أن شخصاً طالب بدين أو بملكية وأسس دعواه على عقد لم يحدد ماهيته ، أهو بيع أو صلح أو قسمة أو غير ذلك من العقود التي يصح أن تكون مصدراً للدين أو سبباً للملكية ، فإن الواقعة التي يريد إثباتها لا تكون محددة تحديداً كافياً ، فلا يصح السماح بإثباتها إلا بعد أن تحدد . وكون الواقعة محددة تحديداً كافياً مسألة موضوعية تخضع لرقابة محكمة النقض^(٢) .

وأما أن تكون الواقعة المراد إثباتها غير مستحيلة ، فهذا أيضاً بديهي ،

(١) وقد نظم المجمع العلمي للقانون الدولي الإجراءات التي يستطيع بها القاضي معرفة أحكام القوانين الأجنبية وذلك بواسطة الطرق السياسية (الدكتور عبد الحميد أبو هيف في القانون الدولي الخاص فقرة ٣٠٢) .

وفي القانون الإنجليزي تفترض مطابقة القانون الأجنبي لقانون المحكمة ، إلا إذا ادعى الخصوم غير ذلك وأثبتوا ما ادعوه . وفي هذا تيسير عملي على القاضي فيما إذا عجز عن الاهتداء إلى أحكام القانون الأجنبي . وشبهه بذلك ما ورد في المشروع التمهيدى للتقنين المدني (وقد حذف النص في المشروع النهائي) من أنه « في جميع الحالات التي سيتقرر فيها أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق يطبق القانون المصري ، إذا كان وجود القانون الأجنبي^١ أو مدلوله غير ممكن لإثباته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٣١٤ - ص ٣١٥) .

(٢) انظر في الواقعة المحددة في القوانين والتشريعات المختلفة رسالة الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات ص ٣١٢ - ص ٣٥٨ .

فالمستحيل لا يصح عقلا طلب إثباته . والاستحالة ترجع إلى أحد أمرين : إما استحالة التصديق عقلا وإما استحالة الإثبات . فالأولى كالأعمى يدعى أنه رأى هلال رمضان ، والمنجم يدعى أنه أوتى علم الغيب ولا يعلم الغيب إلا الله ، ومجهول النسب يدعى بنوته إلى من لا يكبره في السن . والثانية ترجع إلى أن الواقعة المراد إثباتها هي في ذاتها قابلة للتصديق عقلا ولكن لا سبيل إلى إثباتها ، كمن يدعى واقعة مطلقة بأن يقول أنه لم يكذب قط أو أنه يؤدي فريضة الصلاة طوال حياته . فهاتان واقعتان إحداهما سلبية والأخرى إيجابية ، وكلتاهما واقعة مطلقة هي متصورة التصديق ولكن إثباتها مستحيل ، فلا يجوز قبولها واقعة للإثبات . ولا يرجع ذلك إلا إلى أن الواقعة مطلقة أى خالية من التحديد . ومن ثم نرى أن استحالة الإثبات تتلاقى مع عدم التحديد ، ويصبحان شرطاً واحداً . فالواقعة يجب أن تكون محددة كما قدمنا ، فإن لم تكن محددة لا يجوز قبولها للإثبات ، لأنها غير محددة فحسب ، بل لأنها أيضاً يستحيل إثباتها . ومن ثم نرى أيضاً أن استحالة الإثبات ترجع إلى عدم تحديد الواقعة لا إلى أنها واقعة سلبية . فالواقعة السلبية المحددة - كالواقعة الإيجابية المحددة - لا يستحيل إثباتها ، فيجوز قبولها للإثبات . مثل ذلك شخص يطالب آخر برد غير المستحق ويثبت أنه لم يكن مديناً بما دفعه للمدعى عليه ، فهنا الواقعة السلبية محددة ، وهي عدم المديونية في دين معين ، وما على المدعى إلا أن يثبت أن هذا الدين الذي دفعه مصدره عقد باطل أو عقد قد فسخ أو أن الدين قد سبق الوفاء به أو نحو ذلك (١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض الدائرة المدنية بأن الإعسار هو حالة قانونية تستفاد من أن أموال الشخص ليست كافية للوفاء بديونه المستحقة عليه . وهو بهذا المعنى لا يقوم على نفي مطلق يتعذر إثباته ، بل يقوم على أمر واقع له علاماته التي تشهد عليه . على أن المقرر في الإثبات أنه إذا كانت الواقعة المدعاة سلبية وكانت منضبطة النفي كان على مدعيها إثبات خلافها متى أمكنه تحويلها إلى قضية موجبة . فإذا لم يكن ذلك ممكناً أو كانت الواقعة غير منضبطة النفي ، فإن مدعيها يعتبر عاجزاً عن إثبات دعواه . وعلى ذلك فلا مخالفة لقواعد الإثبات إذا اعتبر الحكم المشفوع منه عاجزاً عن إثبات إعسار الشفيع لأنه لم يقيم دليلاً على هذا الإعسار (٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠) . ويؤخذ من هذا الحكم أن الواقعة السلبية ، حتى لو لم يمكن تحويلها إلى قضية موجبة أو كانت واقعة غير منضبطة النفي ، لا يعنى مدعيها من عبء الإثبات بل يعتبر عاجزاً عن إثبات دعواه .

هذا وكون الواقعة المراد إثباتها مستحيلة التصور عقلاً أو مستحيلة الإثبات مسألة موضوعية ، ولكن محكمة النقض تستطيع أن تنفذ إلى بسط قدر من الرقابة من طريق التصور في التسبيب .

ويجب أخيراً أن تكون الواقعة المراد إثباتها غير معترف بها . وهذا أيضاً شرط بديهي ، إذ لا محل لإثبات واقعة معترف بها . فالاعتراف إقرار ، والإقرار كما سنرى إعفاء من الإثبات ، فتكون الواقعة محل الادعاء قد أعني مدعيها

= وجاء في الموجز للمؤلف (ص ٦٥٠) في هذا الصدد ما يأتي : «ولا يهم أن تكون الواقعة التي يتمسك بها إيجابية أو سلبية فقد تكون الواقعة سلبية ولكنها محددة تحديداً كافياً فتكون قابلة للإثبات . مثل ذلك أن يثبت الدائن أن المدين الملزم بحراسة شيء معين لم يقيم بحراسته ، وعدم القيام بالحراسة واقعة سلبية ، ولكن الدائن يستطيع إثبات هذه الواقعة عن طريق إثبات واقعة إيجابية ، بأن يثبت مثلاً أن المدين كان في جهة أخرى في الوقت الذي كان ينبغي أن يكون موجوداً بجانب الشيء لحراسته — وقد تكون إيجابية ولكنها غير محددة فلا تكون قابلة للإثبات» .

وأشار بودرى وبارد إلى أن السبب في الخطأ الذي شاع من أن الواقعة السلبية لا يجوز إثباتها يرجع إلى نص في القانون الروماني أساء المحشون (glossateurs) في العصور الوسطى فهمه . فإن هذا النص يقضي بأن عبء الإثبات يقع على من يدعى لا على من ينكر (Ei incumbit probatio qui dicit, non ei qui negat) . والمدعى الذي يقع عليه عبء الإثبات قد يدعى واقعة إيجابية أو واقعة سلبية ، وهو المكلف بالإثبات في الحالتين . ففسر المحشون النص بتحويله إلى معنى آخر ، هو أن الدليل على من يثبت (qui dicit) لا على من ينفي (qui negat) ، وذهبوا إلى أن النفي هنا معناه الواقعة السلبية ، ومن ثم لا تكون الواقعة السلبية جائزة للإثبات (بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٥ - فقرة ٢٠٦٦ - انظر أيضاً : تولىه ٨ فقرة ١٦ - فقرة ١٩ - ديرانتون ١٣ فقرة ٢ - ديمولومب ٢٩ فقرة ١٩٢ - فقرة ١٩٣ - لوران ١٩ فقرة ٩٥ - كولان وكابيتان ولامور انديير ٢ فقرة ٧١٩ ص ٤٨٦ - ص ٤٨٧ - بلانيول وريير وبولانجييه ٢ فقرة ٢١٦٨ - الأستاذ عبد الباسط جميعي ص ٤٩ - ص ٥٢) .

ويلاحظ على كل حال أن القاضي في إثبات الوقائع السلبية لا يتطلب دليلاً في قوة الدليل الذي يتطلبه في إثبات الوقائع الإيجابية (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ وهامش رقم ١٨ - بلانيول وريير وجابولد ٧ فقرة ١٤١٩ ص ٨٤٥) .

وانظر رسالة الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات (في الواقعة السلبية ص ٢١١ - ص ٢٢٢ وفي الواقعة المستحيلة ص ٢٩٣ - ص ٣٠٤) .

وانظر في الشهادة على النفي في الفقه الإسلامي الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاء ص ٢١ -

من إثباتها فأصبحت بذلك ثابتة (١). لذلك يكون الأصح القول إن الواقعة المعترف بها قد أصبحت ثابتة ، لا أنها واقعة غير قابلة للإثبات . ويتضح الفرق بين القولين في أن الواقعة المعترف بها لا تصبح ثابتة إلا بالنسبة إلى المقر إذ الإقرار حجة قاصرة عليه ، أما بالنسبة إلى الغير فلم يقيم الدليل عليها ومن ثم يصح إثباتها ، ولو كانت غير قابلة للإثبات لما صح ذلك (٢). وغنى عن البيان أن البت في كون الواقعة معترفاً بها مسألة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة النقض .

٤١ - شروط أساسية : ونعرض الآن للشروط الأساسية التي ورد ذكرها في المادة ١٥٦ من تقنين المرافعات الجديد، وهي الشروط الثلاثة الآتية :
(١) أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب به (pertinent) . (٢) أن تكون منتجة في الإثبات (concluant) . (٣) أن تكون جائزة للإثبات قانوناً (admissible) (٣) .

(١) ولذلك قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأن القانون إنما يكلف المدعى إقامة الدليل على دعواه ، إلا إذا سلم له خصمه بها أو ببعضها فإنه يعفيه بذلك من إقامة الدليل على ما اعترف به . فإذا اعترف شخص بأن الأرض موضوع النزاع أصلها من أملاك الحكومة الخاصة ، ولكنه يملكها بالتقادم ، ثم بحثت المحكمة مع ذلك مستندات ملكية الحكومة لهذه الأرض وقضت بعدم كفايتها لإثبات الملكية ، فقد خالفت القانون (٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٤ ص ١٥) .

(٢) انظر الموجز ص ٦٥٠ - ص ٦٥١ - والأستاذ عبد الباسط جميعي ص ٤٧ - ص ٤٨ .

(٣) وقد كان تقنين المرافعات القديم ينص على شرطين من هذه الشروط الثلاثة - أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى وأن يكون جائزاً قبولها - في مواضع متفرقة (م ١٧١/١٥٤ - ١٨٦/١٦٥ - ٢٠٠/١٧٧ - ٢٠٣/١٧٨ - ٢٠٤/١٧٩ - ٢٠٧/١٨٢) ، وذلك في الاستجواب واليمين والتحقيق والظعن بالتزوير . ولكن نص تقنين المرافعات الجديد أكل الناقص من الشروط وجمعها كلها في نص واحد . أما تقنين المرافعات الفرنسي (م ٢٥٣ - ٢٥٤ في التحقيق بالبيئة) فقد ذكر شرطين : أن تكون الواقعة منتجة وجائزة القبول. ويلاحظ أن المكان الذي يجب أن ينص فيه على هذه الشروط هو التقنين المدني لا تقنين المرافعات ، لأن هذه الشروط من القواعد الموضوعية في الإثبات لا من القواعد الشكلية.

٤٢ — الواقعة متعلقة بالحق المطالب به : إذا كانت الواقعة المراد إثباتها هي ذاتها مصدر الحق المطالب به ، كما إذا تمسك البائع بعقد البيع للمطالبة بالتمن فيكون عقد البيع هو ذاته مصدر التزام المشتري بالتمن ، فان الواقعة في هذه الحالة لا يمكن إلا أن تكون متعلقة بالحق المطالب به وهي في الوقت عينه منتجة في الإثبات . ومن ثم لا يظهر ظهوراً واضحاً أهمية هذين الشرطين — كون الواقعة متعلقة بالحق وكونها منتجة في الإثبات — في هذه الحالة وهي حالة الإثبات المباشر (preuve directe) . وإنما تظهر أهميتهما في حالة الإثبات غير المباشر (preuve indirecte) ، إذا انصب الإثبات ، لاعلى الواقعة ذاتها مصدر الحق ، بل على واقعة أخرى قريبة منها . ذلك أن الإثبات غير المباشر يقوم على فكرة تحويل الدليل (déplacement de preuve) من الواقعة الأصلية إذ يتعذر إثباتها إلى واقعة بديلة هي التي يتيسر فيها الإثبات .

فلا بد في هذه الحالة — حالة الإثبات غير المباشر بتحويل الدليل — أن تكون الواقعة البديلة ، وهي الواقعة المراد إثباتها ، لا قريبة (voisin) من الواقعة الأصلية فحسب ، بل يجب أيضاً أن تكون متصلة (connexe) بها اتصالاً وثيقاً . وهذا الاتصال الوثيق هو الذي يجعل الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب به ، إذ أن اتصالها بالواقعة الأصلية التي هي مصدر الحق يجعل إثباتها متعلقاً بإثبات الواقعة الأصلية ، فيصح إثبات الواقعة البديلة من شأنه أن يجعل إثبات الواقعة الأصلية قريب الاحتمال (١) .

مثل ذلك أن يقدم المستأجر مخالفات بالأجرة عن جميع المدد السابقة على المدة التي يطالبه المؤجر بأجرتها ، ويرمى من وراء ذلك أن يثبت أنه يدفع الأجرة

(١) انظر في هذا المعنى بارتان على أوبري ورو جزء ١٢ فقرة ٧٤٩ هامش رقم ١٠ مكرر — بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٤٦ — الدكتور عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٧ ص ٣٩ — ص ٤٠ .

هذا وفكرة تحويل الدليل (déplacement de preuve) هي التي تقوم عليها القرائن القانونية ، فهذه القرائن تنطوي على تحويل الدليل من واقعة إلى أخرى ويكون ذلك بمقتضى نص في القانون .

بانتظام ولم يخل بالتزامه طوال المدد السابقة . فهذه واقعة متصلة بواقعة الوفاء بالأجرة عن المدة المطالب بأجرتها ، فهي إذن متعلقة بالدعوى . ولكنها غير منتجة في الإثبات ، لأن دفع الأجرة عن مدد سابقة لا يفيد دفعها عن مدة لاحقة (١) وقد تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة أيضاً في الإثبات ، كأن يقدم المستأجر مخالصات بالأجرة عن مدد لاحقة للمدة التي يطالب المؤجر بأجرتها ، فهذه واقعة ليست هي ذاتها واقعة الوفاء بالأجرة المطالب بها بل هي واقعة متصلة بها فهي متعلقة بالدعوى ، ثم هي منتجة في الإثبات فان التقنين المدني الجديد (م ٥٨٧) يعتبرها قرينة على الوفاء بالأجرة المطالب بها إلا إذا أثبت المؤجر عكس ذلك (٢) .

وكون الواقعة متعلقة بالدعوى مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض (٣) .

٤٣- الواقعة منتجة في الإثبات : رأينا في الأمثلة المتقدمة متى تكون

الواقعة متعلقة بالدعوى ومتى تكون منتجة في الإثبات . فالواقعة المتعلقة بالدعوى هي الواقعة البديلة التي يكون إثباتها من شأنه أن يجعل إثبات الواقعة الأصلية قريب الاحتمال . والواقعة المنتجة في الإثبات هي الواقعة البديلة التي يؤدي إثباتها إلى إثبات الواقعة الأصلية . ويتبين من ذلك أن إنتاج الواقعة في الإثبات مرتبة

(١) ومثل ذلك أيضاً — في القضاء الإنجليزي — أن يقوم تاجر بتوريد بضاعة لآخر ، فيدعى هذا أن التاجر ورد له صنفاً رديئاً ، فيتقدم التاجر لإثبات أن كل عملائه الآخرين الذين اعتاد توريد هذه البضاعة لهم يمتدحون بضاعته . فهذه واقعة متعلقة بالدعوى وإن لم تكن منتجة ، فيقبل إثباتها ، لأنها وإن لم تكن حاسمة إلا أنها تضيف إلى عناصر الإقناع عنصراً جديداً له فائدته ، وقد يؤدي إذا أضيف لعناصر أخرى إلى تكوين مجموعة من القرائن القضائية لصالحه (انظر في هذا المثل الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات ص ٢٨٢ والأستاذ عبد الباسط جميعي ص ٥٦) .

(٢) أما إذا أراد المستأجر تقديم الدليل على أنه وفي بديون أخرى غير أقساط الأجرة للمؤجر ، فهذه واقعة لا تتصل إطلاقاً بواقعة الوفاء بالأجرة ، فتكون لا هي منتجة في الإثبات ولا هي متعلقة بالدعوى ، فلا يجوز قبول إثباتها .

(٣) ويقول الأستاذ عبد الباسط جميعي (ص ٥٧) إن لمحكمة الموضوع أن ترفض اعتبار الواقعة متعلقة بالدعوى ولو توافق الطرفان على أنها متعلقة . أما إذا توافق الطرفان على أنها غير متعلقة ، فلا يسمح القاضي بإثباتها ، لا لأن توافق الطرفين يجعلها غير متعلقة بالدعوى ، بل لأن حياد القاضي يقتضيه ألا يقبل دليلاً اتفق الخصمان على استبعاده .

أعلى من تعلق الواقعة بالدعوى . فكل واقعة متعلقة بالدعوى لا تكون ضرورة منتجة في الإثبات ، ولكن كل واقعة منتجة في الإثبات تكون حتماً متعلقة بالدعوى . فمن طالب بملكية عين وتقدم بواقعة التقادم الطويل سبباً للملكية ، إذا ادعى أنه حاز العين مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة ، فهذه واقعة منتجة في الإثبات ، بل هي الواقعة الأصلية ذاتها ، وهي بالضرورة متعلقة بالدعوى . أما إذا ادعى أن حيازته للعين كانت لمدة تقل عن خمس عشرة سنة ، فهذه واقعة متعلقة بالدعوى ولكنها غير منتجة في الإثبات .

وقد يقال لماذا يشترط في الواقعة هذان الشرطان معاً ، وأحدهما - وهو الإنتاج - يستغرق الآخر ، فكان يكفي أن يشترط وحده ؟ وهذا صحيح من الناحية النظرية . ولكن يحسن ، من الناحية العملية ، فصل الشرطين أحدهما عن الآخر . فقد يطلب الخصم إثبات واقعة يتضح من أول وهلة أنها متعلقة بالدعوى . فهذا يكفي لقبول إثبات هذه الواقعة قبولاً مبدئياً ، حتى إذا تبين فيما بعد أنها غير منتجة في الإثبات رفض القاضي استمرار السير في إثبات الواقعة أو أضاف إليها وقائع أخرى تتساند معها . أما إذا أدمج الشرطان في شرط واحد ، وكان لا بد من أن تكون الواقعة منتجة من مبدأ الأمر ، لم يستطع القاضي قبول إثبات الواقعة قبولاً مبدئياً ، فيتعطل بذلك طريق الإثبات (١) .

وكون الواقعة منتجة في الإثبات مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض إلا من حيث قصور التسبيب . أما إذا بنى عدم الإنتاج في الإثبات على أسباب قانونية ، كأن كانت الواقعة المراد إثباتها إنما تنسب إذا صححت إلى مالك البناء لا إلى حارسه والمسئول قانوناً هو الحارس لا المالك ، أصبح الأمر متعلقاً

(١) الأستاذ عبد الباسط جميعي ص ٥٩ - ص ٦٠ ، ويأتى بأمثلة لذلك دعوى إثبات الحالة (م ١٨٨ مرافعات) ، والدعوى التي ترفع بطلب انتقال المحكمة لمعاينة معالم واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء إذا كان يخشى من زوال هذه المعالم (م ١٨٧ مرافعات) ، والدعوى التي ترفع بطلب سماع شاهد يوشك أن يموت أو يزعم سقراً قد لا يعود منه أو لا يعود قريباً (م ٢٢٢ مرافعات) ، ورفع الدعوى للاستيثاق لحق يخشى زوال دليله (م ٤ مرافعات) . ويقول أيضاً إن القاضي يغربل الوقائع غربلة أولى ليتخير منها ما هو متعلق بالدعوى فيجعله في رعاء الإثبات ، ثم يغربلها غربلة ثانية ليستبقى منها ما هو منتج في الإثبات .

مسألة من مسائل القانون مما يخضع لرقابة محكمة النقض^(١) .

٤٤ - الواقعة جائزة لإثبات قانوننا : ويجب أخيراً أن تكون الواقعة جائزة لإثبات قانوناً . والقانون قد لا يجوز إثبات واقعة تحقيقاً لأغراض مختلفة . ومن هذه الأغراض ما يمت إلى النظام العام والآداب ، كالمحافظة على سر المهنة^(٢) وتحريم دين المقامرة والربا الفاحش وبيع المخدرات وعدم جواز إثبات صحة القذف ونحو ذلك^(٣) . وقد تمت هذه الأغراض إلى الصياغة الفنية ، كما هو الأمر في الوقائع التي تصطدم مع قرينة قاطعة قررها القانون . مثل ذلك حجية الأمر المقضي ، فلا يجوز إثبات واقعة مخالفة لما هو ثابت في حكم قضائي . ومثل ذلك أيضاً أن يطلب حارس الشيء إثبات أنه لم يرتكب خطأ مع أن القانون يقيم مسئوليته على خطأ في جانبه مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس^(٤) . وكون الواقعة جائزة لإثبات قانوناً مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ،

(١) انظر الأستاذ عبد الباسط جيمى ص ٦١ هامش رقم ٢ والمراجع المشار إليها . وانظر في أن الواقعة يجب أن تكون متبعة (relevant) في القانون الانجليزي الدكتور محمد صادق فهمى في الإثبات ص ٢٦٤ - ص ٢٨٤ .

(٢) تشتمل المواد من ٢٠٦ إلى ٢٠٩ من تقنين المرافعات على سلسلة من القيود في جواز الإدلاء بالشهادة . فتمنع المادة ٢٠٦ الموظفين والمستخدمين والمكلفين بخدمة عامة من أن يشهدوا ولو بعد تركهم العمل عما يكون قد وصل إلى علمهم في أثناء قيامهم به من معلومات لم تنتشر بالطريق القانوني ولم تأذن السلطة المختصة في إذاعتها . وتمنع المادتان ٢٠٧ و ٢٠٨ من علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم من طريق مهنته أو صناعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ، ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به فقط ارتكاب جناية أو جنحة ، وذلك إلا إذا طلب منهم ذلك من أسرها لهم . وتمنع المادة ٢٠٩ أحد الزوجين من أن يفشى بغير رضاء الآخر ما أبلغه إليه أثناء الزوجية ولو بعد انقضائها ، إلا في حالة رفع دعوى من أحدهما على صاحبه أو إقامة دعوى على أحدهما بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر . ويلاحظ هنا أن الممنوع ليس هو إثبات الواقعة في ذاتها ، بل إثبات الواقعة من طريق شهادة شاهد معين ، فعدم جواز القبول لا ينصب إذن على الواقعة بل ينصب على الدليل (الدكتور عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٥ ص ٣٨) .

(٣) ولكن يجوز لمن لا يريد ترتيب أثر قانوني على هذه الوقائع أن يثبت عدم مشروعيتها لأن هذا هو الذي يتفق مع النظام العام والآداب .

(٤) بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٧١ - وانظر في جواز إثبات الواقعة قانوناً في القانون الانجليزي الدكتور محمد صادق فهمى في الإثبات ص ٣٠٥ - ٣١٢ .

لأن عدم جواز إثبات الواقعة يرجع دائماً إلى حكم في القانون يمنع من هذا الإثبات .
وهذا بخلاف كون الواقعة متعلقة بالدعوى وكونها منتجة في الإثبات ، فقد رأينا
أنها في الأصل مسائل موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض ^(١) .

ثانياً - عبء الإثبات

٤٥ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٨٩ من التقنين المدني على
ما يأتي :

« على الدائن إثبات الالتزام ، وعلى المدين إثبات التخلص منه ^(٢) » .

(١) والفرق بين كون الواقعة غير منتجة في الإثبات وكونها غير جائزة الإثبات أنها عند ما
تكون غير منتجة في الإثبات فإن ذلك يرجع إلى شيء في طبيعتها ، إذ الواقعة في ذاتها لا تؤدي
إلى إثبات المطلوب ، إما لسبب موضوعي كالحيازة لمدة تقل عن خمس عشرة سنة ، وإما لسبب
قانوني كالتعويض بسبب الهدام البناء يطلب من مالكة لا من حارسه . والواقعة عند ما تكون
غير جائزة الإثبات فإن ذلك يرجع لا إلى شيء في طبيعتها ، بل إلى عارض قانوني يمنع من جواز
إثباتها ، ولو لم يرقم هذا المانع أو لو زال لكانت الواقعة جائزة الإثبات .
ويمكن أيضاً أن نميز بين عدم جواز قبول الدعوى وعدم جواز قبول الواقعة وعدم جواز
قبول الدليل . فالدعوى لا يجوز قبولها لأسباب معروفة ، كأن تكون مرفوعة من غير ذي صفة
أو من غير ذي أهلية . فإذا كانت الدعوى مقبولة وتقدم الخصم بواقعة لإثباتها ، فقد تكون هذه
الواقعة غير جائزة الإثبات لسبب موضوعي أو لسبب قانوني على النحر الذي قدمناه . فإذا كانت
الواقعة جائزة الإثبات ، فقد يتطلب القانون لإثباتها دليلاً كتابياً فتكون البيئة أو القرائن دليلاً
غير مقبول (انظر في هذه المسألة الأستاذ عبد الباسط جيمى ص ٦٥ - ص ٦٦) .
(٦) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٢٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق .
وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ٤٠٢ في المشروع النهائي ، بعد أن ذكرت اللجنة أن
المقصود بعبارة « إثبات الالتزام » هو إثبات مصدر الالتزام . ثم أقره مجلس النواب دون
تعديل تحت رقم ٤٠٢ ، فلجنة الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٩ .
وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « وقد احتذى
المشروع مثال التقنينات اللاتينية ، وأخذ بنظام تقييد الإثبات ، فبدأ بتعيين من يكلف بإقامة
الدليل أو احتمال عبئه . وقد قصد من الأخذ بهذا النظام إلى اتقاء تحكم القضاء وكفالة حسن سير
العدالة وتأمين استقرار المعاملات . وكل أولئك من قبيل الاعتبارات العامة التي تنهض ،
لا لتوجيه التقييد في عمومته فحسب ، بل وكذلك لتوجيه الأحكام التطبيقية في خصوصياتها ،
ولا سيما ما تعلق منها بتعيين من يكلف بالإثبات . وترد الأحكام المتعلقة بهذا التعيين إلى قاعدة
احترام الوضع الثابت أصلاً فالأصل في الإنسان براءة الذمة ، فعلى من يدعى التزام غيره ويتمسك
بذلك بما يخالف هذا الأصل أن يقيم الدليل على دعواه » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٠) .
(م ٥ الوسيط ج ٢)

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٧٨/٢١٤^(١) - وفي التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البيئات السوري لا شيء^(٢) ، وفي التقنين المدني العراقي المواد من ٤٤٤ إلى ٤٤٨ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٦٢ ، وفي التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة المادة ٣٧٦^(٣) -

(١) كانت المادة ٢٧٨/٢١٤ من التقنين المدني السابق تنص على ما يأتي : « على الدائن إثبات دينه ، وعلى المدين إثبات براءته من الدين » . وهذا النص يتفق في الحكم مع نص التقنين الجديد .

(٢) جمعت قواعد الإثبات الموضوعية وإجراءاتها الشكلية ، في سورية ، في قانون واحد صدر في ١٠ حزيران (يونية) ١٩٤٧ وسمى « قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية » . ولا يتضمن هذا القانون نصاً يقابل نص المادة ٣٨٩ من التقنين المدني المصري . ولكن الباب الأول منه تضمن قواعد كلية في الإثبات ، من نحو ما نحن بصددده . فنصت المادة الأولى على أن « تقسم البيئات إلى : ١ - الأدلة الكتابية ٢ - الشهادة ٣ - القرائن ٤ - الإقرار ٥ - اليمين ٦ - المعاينة والخبرة » . ونصت المادة الثانية على أن « ليس للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي » . ونصت المادة الثالثة على أنه « يجب أن تكون الوقائع التي يراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة في الإثبات وجائزاً قبولها » .

(٣) نصوص التقنين المدني العراقي : م ٤٤٤ - الأصل براءة الذمة . م ٤٤٥ - اليقين لا يزول بالشك . م ٤٤٦ - يضاف الحادث إلى أقرب أوقاته . م ٤٤٧ - ١ - الأصل بقاء ما كان على ما كان ، والأصل في الصفات العارضة العدم . ٢ - وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ، ما لم يوجد دليل على خلافه . م ٤٤٨ - ١ - البينة على من ادعى واليمين على من أنكر . ٢ - والمدعى هو من يتمسك بخلاف الظاهر ، والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل .

نصوص تقنين الموجبات والعقود للبناني : وضعت قواعد الإثبات الموضوعية وإجراءاتها الشكلية جميعاً ، في لبنان ، في تقنين أصول المحاكمات المدنية (قانون المرافعات) ، ولم يتضمن هذا التقنين نصاً يقابل المادة ٣٨٩ من التقنين المدني المصري . غير أن تقنين الموجبات والعقود اللبناني تضمن هذا النص ، فقضت المادة ٣٧٦ من هذا التقنين بأن من يدعى أنه دائن يجب عليه إثبات حقه ، فإذا ما تم هذا الإثبات كان على من يدعى أن التزامه قد انقضى أن يثبت صدق مدعاه . نصوص التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة : م ٣٧٦ - على الدائن إثبات الالتزام ، وعلى المدين إثبات التخلص منه (مطابقة للمادة ٣٨٩ من التقنين المدني المصري) .

ويتبين من النظر إلى هذه النصوص أن التقنينات المدنية للبلاد العربية في هذه المسألة تكاد تكون واحدة . فنص التقنين المصري يطابقه نص التقنين الليبي ويكاد يطابقه نص التقنين اللبناني . أما التقنين العراقي فقد أورد نصوصاً متعددة أخذها عن المحلة ، وهي تلخص في أمرين : (١) أن البينة على من ادعى والمدعى هو من يتمسك بخلاف الظاهر ، واليمين على من أنكر والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل . (٢) فالأصل هو براءة الذمة وبقاء ما كان على ما كان . وتطبيقاً لذلك يكون الأصل في الصفات العارضة هو العدم ، ولا يزول اليقين بالشك ، ويضاف الحادث إلى أقرب أوقاته ، وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه .

وفي التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣١٥ (١) .

٤٦ — أهمية تعيين من يحمل عبء الإثبات من الخصمين : أول تنظيم

لقواعد الإثبات يتصل بتعيين من من الخصمين يحمل عبء الإثبات ، أى من منهما يكلف بالإثبات دون الآخر . وتعيين من يحمل عبء الإثبات من الخصمين يكاد يتوقف عليه ، فى كثير من الأحوال ، مصير الدعوى من الناحية العملية . فقد يكون الحق متراوفاً بينهما ، لا يستطيع أى منهما أن يثبته أو أن ينفيه ، فالقاء عبء الإثبات على أحدهما معناه حكم عليه أو حكم لخصمه (٢) .

فيعيننا إذن أن نبين من يحمل عبء الإثبات . وهذه مسألة لها ناحيتان : ناحية المبدأ وناحية التطبيق .

١ — عبء الإثبات من ناحية المبدأ :

٤٧ — البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر : من المبادئ

المقررة فى الفقه الإسلامى أن البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر (٣) . وفى

= وهذه المبادئ كلها تتفق مع المبادئ التى سنقررها فى القانون المصرى . فالذى سنقرره فى هذا الصدد يصلح إذن أن يكون مبادئ مقررة فى التقنينات العربية المختلفة التى قدمنا نصوصها . (١) ننقل فى قسم الإثبات من هذا الكتاب نصوص التقنين المدني الفرنسى إذ يغلب أن تكون هى الأصل الذى أخذت منه نصوص التقنين المدني المصرى الجديد فى الإثبات . وهذا هو نص المادة ١٣١٥ من التقنين الفرنسى : «من يطالب بتنفيذ التزام يجب عليه إثباته . كذلك من يدعى التخلص من التزامه يجب عليه أن يثبت الوفاء به أو أن يثبت الواقعة التى أدت إلى انقضائه»

“Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation”.

(٢) الموجز للمؤلف ص ٦٥١ — استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥

ص ٨٨ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٣ .

(٣) عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن البيئة على المدعى ، ولكن البيئة على المدعى » . رواه البخارى ومسلم . والبيهقى بإسناد صحيح : « البيئة على المدعى واليمين على من أنكر » . (طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ١٦) .

القانون المصرى وسائر القوانين الحديثة توجد القاعدة ذاتها ، فالمدعى هو الذى يحمل فى الأصل عبء الإثبات ، سواء كان دائناً يدعى ثبوت الدائنية أو مديناً يدعى التخلص من المديونية كما تقول المادة ٣٨٩ .

ولكن يبقى أن نحدد على وجه الدقة من هو المدعى .

هو أولاً من يرفع الدعوى على الغير يطالبه بحق معين . فهو مدع فى دعواه هذه ، وعليه عبء إثبات ما يدعيه . فلو أن شخصاً طالب آخر بمبلغ معين ، فعليه أن يثبت مديونية المدعى عليه بهذا المبلغ له ، بأن يثبت مصدر الدين ، تصرفاً قانونياً كعقد قرض أو عقد بيع أو واقعة قانونية كعمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب . ولو طالب شخص آخر بملكية عين فى حيازة هذا الآخر ، فعلى المدعى أن يثبت سبب ملكيته لهذه العين ، تصرفاً قانونياً كوصية أو عقد بيع أو واقعة قانونية كميراث أو شفعة .

= ويقول الأستاذان بيدان وپرو (جزء تاسع فقرة ١١٥٩ ص ٢٣١ هامش رقم ١) إن القاعدة التى تقضى بأن البينة على المدعى ليست ، كما قد يتوهم ، من القواعد التى كانت مقررة فى كل العصور . فهى لم تظهر فى القانون الرومانى إلا منذ أخذ الپريطور *préteur* يحمى مجرد الحيازة فيحمى الوضع الظاهر ، وعندئذ ألقى عبء الإثبات على من يدعى خلاف الظاهر . أما فى القانون الفرنسى القديم ، فقد كانت العادات القديمة تجعل عبء الإثبات على المدعى عليه لا على المدعى ، وإن كان ذلك يبدو غريباً ، وهذا بسبب الصبغة الجنائية للدعوى فى القديم ، مما نزل بوضع المدعى عليه دون وضع المدعى . بل إن هناك من الوثائق ، التى ترجع إلى ما قبل العصور الوسطى ، ما يثبت أن دعوى الاستحقاق التى يكلف فيها المدعى بإثبات ملكيته لم تكن ترفع ، وفقاً لهذه العادات القديمة ، إلا ضد الحائز بسوء نية أو الحائز ضد القانون ، مما يحمل على الظن بأن الحائز هو الذى كان عليه أن يثبت أن حيازته مشروعة . ولم تظهر القاعدة التى تقضى بأن البينة على المدعى فى القانون الفرنسى القديم إلا تدرجاً فى العصور الوسطى ، تحت أثر إحياء القانون الرومانى وبفضل القانون الكنسى بوجه خاص (انظر فى ذلك رسالة *Thévenet* فى نظرية عبء الإثبات ليون سنة ١٩٢١ ص ١١ وما بعدها) . وينتهى الأستاذان بيدان وپرو إلى القول بأن من الخطأ حسابان القاعدة التى تقضى بأن البينة على المدعى من القواعد التى تملئها البداهة وتقضى بها طبيعة الأشياء ، فإن الواقع من الأمر أن هذه القاعدة لم تظهر إلا بعد أن نظم القضاء تنظيمًا خاصاً وإلا بعد أن برز المبدأ الذى يقضى بحماية الأوضاع الظاهرة .

ولعل ذلك يكشف عما للفقهاء الإسلامى من فضل التقدم ، فقد قرر هذه القاعدة منذ البداية فى عصر لم تكن فيه معروفة فى أوربا .

ولكن ليس من الضروري أن يكون المدعى هو من يرفع الدعوى . فقد يدفع المدعى عليه الدعوى بدفع فيصبح مدعياً في هذا الدفع ، وعليه هو يقع عبء إثباته . ففي الأمثلة المتقدمة قد يدفع المدين بأنه وفي دينه ، فعليه إثبات هذا الوفاء . وقد يدفع الحائز للعين بأنه ملكها بالتقادم ، فعليه إثبات ذلك ^(١) .

فيمكن إذن لأول وهلة أن نقول إن من يحمل عبء الإثبات هو المدعى في الدعوى والمدعى عليه في الدفع ، فكلاهما مدع في دعواه ^(٢) . (actor incumbit probatio. Reus in exceptione actor est)

(١) ويأتى بودرى وبارد بمثل يبين فيه كيف يتناوب المدعى والمدعى عليه عبء الإثبات : يطالب المودع بالوديعة وعليه عبء إثباتها ، فيدفع المدعى عليه بأنها هلكت بقوة قاهرة وعليه عبء إثبات الهلاك ، فيدفع المدعى بأن هذا الهلاك غير مبرئ لذمة المدعى عليه لأنه كان معذراً (mis en demeure) وعلى المدعى إثبات الإعذار ، فيدفع المدعى عليه بأن ذمته قد برئت بالرغم من الإعذار لأن الوديعة كانت لا بد تهلك بالقوة القاهرة حتى لو كانت قد سلمت للمودع وعلى المدعى عليه هنا عبء الإثبات (بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٣) .

ويبين الفقهاء خطأ ما جرى عليه القضاء الفرنسى في عقد التأمين على الحياة ، عندما تشترط شركة التأمين لاستحقاق قيمة التأمين ألا يكون المؤمن عليه قد انتحر ما لم يكن الانتحار نتيجة فقد له لوعيه بأن كان مجنوناً . فالقضاء الفرنسى يلقى عبء إثبات الانتحار وعبء إثبات انعدام الجنون كليهما على شركة التأمين (نقض فرنسى ٣ أغسطس سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٩-٥-٢٩٥ — استئناف ليون ١٧ فبراير سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢-٢-٤٦ — استئناف باريس ١٦ يولية سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣-٢-٢٣٣) . ويقول الفقهاء إن شركة التأمين تحمل عبء إثبات الانتحار ، وعلى ورثة المنتحر عبء إثبات جنون مورثهم . وقد اضطرت شركات التأمين ، لتتق هذا القضاء ، أن تشترط صراحة في عقود التأمين تحميل عبء إثبات الجنون للورثة (بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٤ — انظر أيضاً الدكتور عبد السلام ذهني في الأدلة جزء أول ص ١٠٥ — ص ١٠٩) . وهذا ما جرت به المادة ٧٥٦ من التقنين المصرى ، فقد نصت الفقرتان الأوليان منها على ما يأتى : ١ — تبرأ ذمة المؤمن من التزامه بدفع مبلغ التأمين إذا انتحر المؤمن على حياته . ومع ذلك يلتزم المؤمن أن يدفع لمن يؤول إليهم الحق مبلغاً يساوى قيمة احتياطي التأمين — ٢ — فإذا كان سبب الانتحار مرضاً أفقد المريض إرادته ، بقى التزام المؤمن قائماً بأكله . وعلى المؤمن إثبات أن المؤمن على حياته مات منتحراً ، وعلى المستفيد أن يثبت أن المؤمن على حياته كان وقت انتحاره فاقد الإرادة .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المنكر المعنى من الإثبات هو من ينكر الدعوى إنكاراً مجرداً ، فلا يجيب عليها بغير الإنكار . أما من أجاب على الدعوى بدفعها ، فإنه يصير بذلك مدعياً مطالباً بأن يقيم الدليل على ما يدعيه . وعلى ذلك يكون الدفع بإعسار الشفيع ادعاء من المشتري ، وهو المطالب بأن يقدم الدليل عليه (نقض مدنى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣ ص ٨٠) — وقضت محكمة النقض أيضاً بأن صاحب الدفع هو المكلف بإثبات دفعه ، =

٤٨ — البينة على من يدعى بخلاف الأصل : ولكن هذه القاعدة

تحويل بساطتها دون مواجهة الصعوبات التي تعرض في العمل . فقد يقع أن المدعى ، حتى في الدعوى التي رفعها ، لا يكلف بالإثبات ، بل يكلف به خصمه وفقاً لطبيعة وضع كل منهما . فمن رفع دعوى على جاره يطالبه بسد مظل لا يكلف — وهو المدعى في الدعوى — بإثبات أن جاره فتح المظل دون أن يكون له حق ارتفاق ، بل الجار — وهو المدعى عليه — هو الذي عليه أن يثبت أن له حق ارتفاق يجوز فتح المظل . ففي هذا المثل يقع عبء الإثبات على المدعى عليه لا على المدعى ، لأن طبيعة الوضع تقضي بخلو العقار من حقوق الارتفاق حتى يثبت ذو المصلحة عكس ذلك .

ومن ثم فإن القول بأن المدعى هو الذي يحمل عبء الإثبات لا يستقيم في جميع الفروض ، فوجب إذن البحث عن قاعدة تكون أكثر انضباطاً^(١) . وقد وضعت قاعدة في هذا الصدد من شقين ، تستجيب لطبائع الأشياء . فقبل إن من يتمسك بالثابت أصلاً لا يكلف بإثباته ، أما من يدعى بخلاف الأصل فعليه هو يقع عبء إثبات ما يدعيه (Onus probandi incumbit ei qui dicit) . ذلك

= كما أن المدعى هو المكلف بإقامة الدليل على دعواه . فإذا دفع المدين بأنه من صغار الزراع فلا يجوز توقيع الحجز على ملكه ، كان عليه إثبات هذا الدفع . ذلك هو حكم القانون المدني ، كما أنه حكم المادة الأولى من القانون رقم ٤ لسنة ١٩١٣ الخاص بعدم جواز توقيع الحجز على الأملاك الزراعية الصغيرة ، فإن هذه المادة بعد أن نصت على أنه « لا يجوز توقيع الحجز على الأملاك الزراعية التي يملكها الزراع الذين ليس لهم من الأطنان إلا خمسة أفدنة أو أقل . . . » قد أضافت أنه « ليس للمدين أن يتنازل عن التمسك بهذا الحظر ، بل يجب عليه التمسك به لغاية وقت صدور حكم نزع الملكية على الأكثر ، وإلا سقط حقه فيه » . وتمسكه بالحظر مقتضاه أن يتولى هو إثبات موجهه ، أي إثبات أنه زارع وأنه لا يملك أكثر من خمسة أفدنة وأنه كان كذلك وقت نشوء الدين . فإذا قضت المحكمة بقبول الدفع بعدم جواز الحجز بناء على أن الدائن — مع عدم إنكاره أن المدين يملك أقل من خمسة أفدنة — لم يقدم ما يثبت أن المدين كان، وقت نشوء الدين ، يملك أكثر من ذلك القدر ، فإنها تكون قد خالفت قواعد الإثبات (نقض مدني ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠ ص ٣٩) .

(١) وقد أريد لهذا السبب توسيع دائرة مفهوم لفظ «المدعى» . فقبل المدعى هو من يروم إثبات أمر خفي يريد إزالة أمر جلي . وقيل المدعى من إذا ترك ترك ، أي من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها ، والمدعى عليه من إذا ترك الجواب أجبر عليه (الأستاذ نشأت في الإثبات ١ فقرة ٤٠) .

ن من يتمسك بالثابت أصلاً ، وإن كان من الجائز ألا يكون على حق من ناحية لواقع والعدالة ، إلا إنه من ناحية القانون ومن أجل استقرار التعامل يجب أن يحمى ، فيترك على الأصل دون أن يتكلف عناء أى إثبات (١) . وهذا هو الشق الأول من القاعدة . أما من يدعى بخلاف الأصل فهو يستحدث جديداً لا تدعمه قرينة بقاء الأصل على أصله ، فعليه أن يثبت هذا الجديد حتى يتمتع بحماية لقانون . وهذا هو الشق الثاني (٢) .

٤٩ - فى نطاق المحفورة الشخصية الأصل هو براءة الذمة : وفى نطاق

الحقوق الشخصية الأصل هو براءة الذمة من كل التزام . فمن يتمسك بالأصل لا إثبات عليه . ومن يدعى بخلاف الأصل ، بأن يدعى ديناً فى ذمة الغير قبله ، عليه أن يثبت مصدر هذا الدين (٣) . فمن ادعى أنه أقرض آخر مبلغاً من المال عليه أن يثبت عقد القرض . ومن طالب آخر بثمن مبيع عليه أن يثبت عقد البيع . والشريك الذى يطالب شريكه بنصيبه فى الخسارة عليه أن يثبت عقد الشركة وأن يثبت مقدار الخسارة التى لحقتها (٤) .

(١) وهنا نرى الفقه الإسلامى أيضاً يستجيب لهذا المبدأ . فن قواعد المقررة أن الأصل براءة الذمة ، وأن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته ، وأن الأصل بقاء ما كان على ما كان ، وأن الأصل فى الصفات العارضة العدم ، وأن ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه ، وأن المنكر هو من يتمسك ببقاء الأصل . وقد رأينا أن هذه نصوص نقلها التقنين المدنى العراقى عن المجلة .

(٢) ماركاديه م ٥ م ١٣١٥ فقرة ١ - لارومبيير م ٥ م ١٣١٥ ص ١٦ - ديمولومب ٢٩ فقرة ١٨٧ - لوران ١٩ فقرة ٩١ - هيك ٨ فقرة ٢١٨ - بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٠ . (٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٠ ص ٤٢١ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ادعى شخص أن آخر شاركه فى استئجار أطيان وأن الإجارة انتهت بالخسارة ، فأنكر المدعى عليه الاشتراك معه ولم يجب عن الخسارة بشئ ، فأحالت المحكمة القضية إلى التحقيق لإثبات قيام الاشتراك وحصول الخسارة ، ثم مع ثبوت الاشتراك رفضت الدعوى لعجز المدعى عن إثبات الخسارة فيها ، فهذا الحكم لا يقبل الطعن فيه بدعوى مخالفة المحكمة فيه لقواعد الإثبات إذ اعتبرت المدعى مع تسليم خصمه بالخسارة مكلفاً بإثباتها ، وذلك لأن إنكار الخصم قيام الشركة المدعاة ينطوى فيه عدم تسليمه بالخسارة (نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٣ ص ٤٥١) . ملاحظة : كان من الممكن استنباط قرينة على حصول الخسارة من إنكار المدعى عليه للشركة ثم ثبوتها رغم هذا الإنكار ، ولكن الظاهر أن المحكمة لم تعتبر هذه القرينة كافية ، ولم يستطع المدعى من جهته تكليتها بأدلة أخرى .

ويتفرع على ذلك مواقف عدة يختار القانون فيها وضعاً يعتبره هو الأصل ، فمن تمسك به لا يكلف باثبات شيء ، ومن ادعى خلافه فعليه عبء الإثبات . مثل ذلك الأهلية ، فالأصل أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون (م ١٠٩ مدني)^(١) . ومثل ذلك أيضاً عيوب العقد ، فالأصل أن يكون العقد سليماً من العيوب ، ومن يدعى أن بالعقد عيباً عليه إثباته . ومثل ذلك أخيراً إجازة العقد القابل للإبطال ، فالأصل عدم إجازة العقد ، ومن يدعى أنه أجيز عليه أن يثبت هذه الإجازة^(٢) .

٥٠ - وفي نطاق الحقوق العينية الأصل هو الظاهر : وفي نطاق

الحقوق العينية الأصل هو الظاهر . فالحائز للعين لا يطالب بإثبات ملكيتها لأن الظاهر هو أن الحائز مالك . والخارج الذي يدعى ملكية العين هو الذي يدعى خلاف ذلك ، فعليه هو يقع عبء الإثبات^(٣) . ومن ثم كان الحائز هو المدعى

(١) وكالأهلية الصفة ، إذا كان قيامها واضحاً فأها تفترض . أما إذا كانت الصفة قد وضح انعدامها ، فلا يفترض وجودها ، ومن له مصلحة في قيامها عليه عبء إثباتها . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا حصل أحد الشركاء في إجازة من وزارة الأوقاف على مخالصة من مأمور الأوقاف قرر فيها أنه دفع جميع المطلوب منه في الدعوى التي رفعت عليه ، ولذلك فقد أخلاه من الحراسة والحجز والدعوى والضمان ، واعتبر هذا الشريك تلك المخالصة مبررة له من التضامن مع شركائه في عقد الإيجار في وفاء الباقي من أجرة الأطنان المؤجرة إليهم جميعاً متضامين بحسب نص العقد ، ولكن المحكمة ذهبت إلى أنه - لكي يكون للمخالصة هذا الأثر - يجب أن يقيم الصادرة له المخالصة - باعتبار أنه هو المتمسك بها - الدليل على أن من أصدرها يملك التنازل عن حق الوقف في استيفاء أجرة كل الأطنان المؤجرة ، فإن المحكمة تكون قد طبقت قواعد الإثبات تطبيقاً صحيحاً على واقعة الدعوى (نقض مدني ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٩ ص ٧٥٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن عبء إثبات إجازة عقد قابل للإبطال إنما يقع على عاتق مدعى الإجازة . وإذن فتي كان الطاعن قد ادعى أن مورث المطعون عليها قد أجاز بعد بلوغه سن الرشد عقد البيع الذي عقده وهو قاصر ، فإن الحكم المطعون فيه إذ ألقى عليه عبء إثبات هذه الواقعة لا يكون قد خالف قواعد الإثبات (نقض مدني ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام محكمة النقض ٥ رقم ٢٨ ص ٢٠٣) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا لم تثبت الملكية للمدعين بالسند الذي أسسوا عليه دعواهم ، فلا يكون للمحكمة أن تتخذ من عجز منازعهم - وهم مدعى عليهم في الدعوى - عن =

عليه دائماً في دعوى الملكية (١). وذلك ما لم يتبين من مستندات المدعى أن الظاهر يؤيد دعواه وينفى دفاع المدعى عليه ، فعندئذ ينتقل عبء إثبات الملكية إلى المدعى عليه (٢).

= إثبات ملكيتهم بالتقادم دليلاً قانونياً على ثبوت ملكية المدعين وهم المكلفون قانوناً بإثبات دعواهم (نقض مدني ١٤ يونية سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٦ ص ٧٢٣ - وانظر أيضاً ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٧ ص ١٩٣ - ١٢ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦٦ ص ٥٣٨). وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه متى كان ناظر الوقف الواضع اليد على العين مقراً بتبعيتها للوقف ، فلا شأن لمدعى ملكيتها في مطالبة الناظر بكتاب ولا بإشهاد على الوقف . وعلى هذا المدعى وحده تقديم الدليل المثبت لدعواه ، وخصوصاً إذا كان الوقف قديماً يرجع إلى ما قبل صدور لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في ٢٧ من مايو سنة ١٨٩٧ التي أوجبت لأول مرة إجراء الإشهاد عن الوقف لإثباته ، وكان قبلها إثبات الوقف خاضعاً لأحكام الشريعة الإسلامية التي لا تستلزم فيه كتابة ولا إشهاداً (نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٣ ص ٣١٦). وقضت محكمة النقض أيضاً بأن تقرير الحكم أن المدعى عليه لم يكسب ملكية الأطنان التي يطلب المدعيان ثبوت ملكيتها لها بأي سبب من أسباب كسب الملك لا يفيد بذاته وبطريق اللزوم ثبوت ملكيتها للمدعين . فتي كان الحكم ، إذ قضى بثبوت ملكية المدعين للأطنان موضوع النزاع ، قد أقام قضاءه على أن المدعى عليه لم يكسب ملكية هذه الأطنان بأي من عقدى شرائه أو بوضع اليد المدة الطويلة أو القصيرة ، كذلك لم يبين الحكم كيف آلت الأشياء إلى المدعين من آخر كان قد اشتراها في حين أنها ليسا من ورثته ، ولم يتحدث عن عقد القسمة المبرم بين هذا المشتري وأخوته ، ولا عن كيفية إفادته ملكية المدعين ، متى كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك فإنه يكون قاصراً (نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٥ ص ٣٤١) - وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا قضت المحكمة بإحالة الدعوى على التحقيق بناء على طلب الطرفين ليبين كل منهما ما يدعيه من تملكه الأرض موضوع النزاع بالتقادم الطويل المدة ، وبعد أن انتهت المحكمة من سماع شهود الطرفين رجحت أقوال شهود المدعى على شهود المدعى عليهم ، فليس فيما أجرته مخالفة لقواعد الإثبات (نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٧ ص ٤٧٨). وقضت أخيراً بأن سبب المحكمة إذ هي قضت برفض دعوى الطاعنين أن تستند في ذلك إلى عجزهم عن إثبات سبب ملكيتهم دون أن تكون في حاجة إلى بيان أساس ملكية المطعون عليها التمسك بكونه لا مدعى عليها في الدعوى (نقض مدني ٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٦ ص ٥٦٠).
انظر أيضاً استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٣٣ ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ١٨ ص ٤١ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٢١.
(١) ديمولومب ٢٩ فقرة ١٨٩ - لوران ١٩ فقرة ٩١ - بودري وبارد ٤ ص ٢٠٦٠ ص ٤٢٢.
(٢) نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٢ ص ٨١٩.

وكذلك الظاهر أن حق الملكية خال من أن يثقل بحق عيني . فالمالك إذا تمسك بهذا الظاهر لا يطالب بإثباته . ومن يدعى خلاف الظاهر ، بأن يدعى مثلاً أن له حق ارتفاق^(١) أو حق انتفاع أو حق رهن على العين ، كان عليه هو أن يثبت قيام الحق الذي يدعيه ، ولو كان مدعى عليه في الدعوى الأصلية ، لأنه يدعى خلاف الظاهر^(٢) .

٥١ — والتأيت فرضاً كالتأيت أصلاً وكالتأيت ظاهراً : وقد يحل

محل الأصل في نطاق الحقوق الشخصية ومحل الظاهر في نطاق الحقوق العينية وضع يفرض القانون وجوده عن طريق قرينة قانونية يقيمها . فيكون التأيت فرضاً كالتأيت أصلاً وكالتأيت ظاهراً .

مثل ذلك أن يرفع المضرور دعوى تعويض على المكلف برقابة قاصر صدر منه عمل غير مشروع أصاب المدعى بالضرر . وقد كان القياس يقتضي أن يثبت المدعى ، فوق العمل غير المشروع الصادر من القاصر ، تقصيراً من المكلف بالرقابة في تأدية واجبه . ولكن القانون فرض أن هذا التقصير قد وقع منه بمقتضى قرينة قانونية أقامها ضده (م ١٧٣ فقرة ٣ مدني) . فلا يكلف المدعى إثبات التقصير ، وينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه فيثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية . وكذلك الحال في مسئولية حارس الحيوان عن الحيوان ، وفي مسئولية حارس البناء عن تهمد البناء ، وفي مسئولية حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة ، كل هؤلاء فرض القانون في جانبهم التقصير ، فمدعى التعويض لا يكلف بإثبات تقصيرهم ، بل لا يسمح لهم القانون أن يثبتوا أنهم قاموا بواجب العناية لأن قرينة التقصير هنا قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس

(١) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٩٠ .

(٢) بودري وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٠ ص ٤٢٢ . هذا وقد قضت محكمة النقض بأن تعتبر العقارات بالتخصيص وفقاً لنص المادة ٦٨٨ مختلط داخلية ضمن الملحقات المشار إليها في المادة المذكورة ، وتباع مع العقار المرهون ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك ، ويقع عبء إثبات هذا الاتفاق على من يدعيه (نقض مدني ١٤ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥٠ رقم ٦٢ ص ٤٢٠) .

(المواد ١٧٦ و ١٧٧ فقرة أولى و ١٧٨ من التقنين المدني) . والمدعى بدين لا يكلف إثبات سببه المشروع ، لأن القانون فرض أن يكون لكل دين سبب مشروع ، وينتقل هنا عبء الإثبات إلى المدين فعليه أن يثبت هو أن الدين سببه غير مشروع (م ١٣٧ فقرة ١ مدني) . كذلك يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ، حتى يقيم المدين الدليل على ما يخالف ذلك (م ١٣٧ فقرة ٢ مدني) . والتأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين قرينة على الوفاء ، فينتقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن ، وعلى هذا أن يثبت أن المدين لم يقم بوفاء الدين (م ٣٩٩ مدني) .

وفي نطاق الحقوق العينية ، إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه ، فالمدعى الذي يرفع دعوى على المالك متمسكاً بأن هذه القيود هي حقوق ارتفاق لا مجرد التزامات شخصية لا يكلف باثبات ذلك ، لأن القانون أقام قرينة على أن هذه القيود هي حقوق ارتفاق ، فاذا أراد المالك أن ينفي أنها حقوق ارتفاق وأنها ليست إلا التزامات شخصية انتقل إليه هو عبء هذا الإثبات (م ١٠١٨ فقرة ١ مدني) .

ومن هذه الأمثلة نرى أن القرينة القانونية إذا كانت قابلة لإثبات العكس إنما تنقل عبء الإثبات ممن يتمسك بها إلى خصمه ، أما إذا كانت غير قابلة لإثبات العكس فإنها تعفى من يتمسك بها من الإثبات إعفاء نهائياً ولا تقتصر على نقل عبء الإثبات (١) .

(١) يلاحظ الفقه الحديث أن القول بأن القرينة القانونية تنقل عبء الإثبات إذا كانت تقبل إثبات العكس ، وتعفى من الإثبات إعفاء نهائياً إذا كانت لا تقبل إثبات العكس ، هو قول تعوزه الدقة . ذلك أن القرينة القانونية سواء كانت قابلة لإثبات العكس أو غير قابلة ، تقتضى من يتمسك بها إثبات وقائع معينة هي التي عينها القانون لقيام القرينة . فكأن القرينة القانونية لم تعف من الإثبات أو تنقل عبئه ، وإنما هي نقلت الإثبات من محل إلى محل آخر (déplacement de preuve) ، فبدلاً من أن يثبت المدعى الواقعة المراد إثباتها يثبت واقعة أخرى متصلة بها ، وإثبات هذه الواقعة الأخرى يعتبره القانون إثباتاً للواقعة الأولى . فالقانون إذن ، كما تقدم القول ، لم يعف من الإثبات أو ينقل عبئه ، وإنما أبدل في الإثبات واقعة بأخرى ، ولا يزال من يحمل عبء الإثبات ملزماً بإثبات هذه الواقعة الأخرى ، لم يعف من إثباتها ولم ينتقل عبء إثباتها من عاتقه إلى عاتق خصمه (انظر في هذا المعنى بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٦٥ و فقرة ١٢٩١) .

٥٢ — كذلك نكوه البيعة على من يدعى فهو ما هو ثابت فعلاً :

ومن يتمسك بما هو ثابت أصلاً أو ظاهراً أو فرضاً يمكن أن نقول إنه يتمسك بما هو ثابت حكماً . وهو لا يكلف بالإثبات كما قدمنا ، بل من يدعى خلاف ما هو ثابت حكماً هو الذى يحمل عبء الإثبات . كذلك الحال فيمن يتمسك بما هو ثابت فعلاً^(٥) ، لا يكلف هو أيضاً بالإثبات ، وإنما يحمل عبء الإثبات من يدعى خلاف ما هو ثابت فعلاً . والثابت فعلاً هو ما أقام الخصم الدليل عليه بالطرق القانونية ، حقيقة أو ضمناً .

مثل ذلك دائن يرفع دعوى الدين على مدينه ، فيدعى خلاف الأصل وهو براءة الذمة كما قدمنا ، فعليه إذن عبء إثبات الدين . فإذا ما أثبتته حقيقة بسند مكتوب مثلاً ، فلا يجوز للمدين أن يدعى وفاء الدين ، أى خلاف ما هو ثابت حقيقة ، إلا إذا حمل عبء إثبات ما يدعيه .

ولو أن المدين فى المثل الذى قدمناه لم يكلف المدعى بإثبات الدين حقيقة ، بل دفع الدعوى بالمقاصة ، كان هذا بمثابة إقرار ضمنى منه بالدين ، فيكون الدين ثابتاً ضمناً . وعلى المدين إذن عبء إثبات انقضاء الدين بالمقاصة لأنه يدعى خلاف ما هو ثابت ضمناً .

== وهذا النظر الجديد ، وإن كان صحيحاً فى ذاته ، لا يودى إلى هدم النظر القديم . فى القرينة القانونية القابلة لإثبات العكس ، ينتقل الإثبات من محل إلى محل آخر ، ولكن متى أثبت المدعى الواقعة البديلة — كون المسئول هو المكلف بالرقابة مثلاً — انتقل عبء الإثبات فعلاً من عاتقه إلى عاتق المكلف بالرقابة ، فيصبح هذا مكلفاً أن يثبت أنه قام بواجب الرقابة . وفى القرينة القانونية غير القابلة لإثبات العكس ، ينتقل الإثبات أيضاً من محل إلى محل آخر ، ولكن متى أثبت المدعى الواقعة البديلة — كون المسئول هو حارس الحيوان أو البناء أو الآلة الميكانيكية مثلاً — أعفى فعلاً إعفاء نهائياً من إثبات الواقعة الأصلية ، وهى وقوع خطأ من هذا المسئول . ولا يقال أن هذا الإعفاء النهائى لا جدوى فيه للمدعى ما دام يبقى مكلفاً بإثبات الواقعة البديلة ، فإن الإعفاء فى هذه الحالة له فوائد لا يستهان بها ، ذلك أن إثبات الواقعة البديلة يكون عادة أسير بكثير من إثبات الواقعة الأصلية ، فيكون المدعى فى النهاية قد تخفف كثيراً من مؤونة الإثبات . على أننا سنرى عند الكلام فى القرائن القانونية غير القابلة لإثبات العكس أن حقيقة هذه القرائن هى أنها قواعد موضوعية لا قواعد للإثبات .

(١) وقد آثرنا أن نستعمل هذا اللفظ « فعلاً » بدلا من اللفظ « عرضاً » الذى استعملناه فى الموجز (انظر ص ٦٥٣) واستعمله الفقه المصرى معنا ثم استعملته محكمة النقض (٦ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٥ ص ٣٧٥) ، لأن اللفظ الأول أدل على المعنى المقصود .

ومن ثم نرى أن البيئة تكون على من يدعى خلاف ما هو ثابت فعلا ، حقيقة كان هذا الثبوت أو ضمناً .

٥٣ — استخفاف من مبدأ عام فيحمل عبء الإثبات : ونستطيع بعد ما قدمناه أن نضع المبدأ الآتي : كل من يتمسك بالثابت حكماً — أصلاً أو ظاهراً أو فرضاً — أو بالثابت فعلاً — حقيقة أو ضمناً — لا يقع عليه عبء الإثبات . وإنما يقع عبء الإثبات على من يدعى خلاف الثابت حكماً أو فعلاً ، لأنه يدعى خلاف الأصل أو الظاهر أو المفروض أو الثابت ، فوجب أن يحمل عبء إثبات ما يدعيه^(١) . وغنى عن البيان أن تحديد من يحمل عبء الإثبات مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض .

ب — عبء الإثبات من ناحية التطبيق :

٥٤ — كيف يقوم بالإثبات عملاً من يحمل عبئه : متى تعين أى الخصمين يحمل عبء الإثبات ، وفقاً للمبدأ العام الذى قدمناه ، كان هذا الخصم

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل خلوص الذمة ، وانشغالها عارض . ومن ثم كان لإثبات على من يدعى ما يخالف الثابت أصلاً أو عرضاً (وفى اللغة التى اخترناها : حكماً أو فعلاً) مدعياً كان أو مدعى عليه . فإذا رفع الموكل دعواه بندب خبير لتحقيق الحسابات التى قيدها وكيله فى دفاتر الدائرة ، فهذه الدعوى لاتعدو أن تكون دعوى تحقيق حساب بين موكل ووكيله غايتها تعيين المبالغ التى قبضها الوكيل من أموال الموكل فانشغلت بها ذمته والمبالغ التى صرفها فى شؤونه فبرئت منها ذمة الوكيل . فهى لا تخضع ولا بد لقاعدة الإثبات العامة السابق ذكرها ، فيتعين على الموكل وورثته إثبات قبض الوكيل للمال الذى يدعون أنه قبضه . فإن فعلوا ، تعيين على الوكيل وورثته أن يثبتوا صرف هذا المال فى شئون الموكل أو مصيره إليه . فإذا كان الثابت بتقرير الخبير أنه اعتمد فى حصر المبالغ التى وصلت إلى الوكيل على الدفاتر التى كان هو يرصد فيها حساب وكالته ، فإنه يكون على ورثة الوكيل ، وقد أقام الموكل بما قيده الوكيل بالدفاتر الدليل على انشغال ذمة مورثهم بما ورد فيها من مبالغ ، أن يقيموا هم بدورهم الدليل على خلوص ذمته منها كلها أو بعضها . فإذا اعتمدت المحكمة على تقرير الخبير الذى آخذ مورثهم بعجزهم هم عن إثبات براءة ذمته من مبالغ ثبت وصولها إلى يده من الدفاتر التى قيدها بها ، فإنها لا تكون قد خالفت القانون (نقض مدنى ٦ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٥ ص ٣٧٥) .

هو المكلف بإقامة الدليل بالطرق القانونية على صحة ما يدعيه . فإذا ادعى شخص أنه أقرض شخصاً آخر مبلغاً من المال ، فعليه أن يثبت عقد القرض . ولكن هل معنى ذلك أن يثبت أيضاً أن عقد القرض خال من جميع أسباب البطلان ، وهذه ترجع إلى التراضي والمحل والسبب وإلى الأهلية وعيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال ، ثم يثبت بعد ذلك أن العقد بعد أن انعقد صحيحاً لم ينقض الدين الذى نشأ عنه بأى سبب من الأسباب كالوفاء والتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء ونحو ذلك ، ثم بعد أن يثبت أن الدين لم ينقض يثبت أيضاً أنه لم يلحقه أى تعديل ، وهكذا ! .

من الواضح أن عبء الإثبات ، إذا فسر على هذا النحو ، ينوء به الخصم . ولذلك تقضى الضرورة أن يقتصر الخصم على إثبات عقد القرض . وبعد ذلك يستعان بالقرائن التى قدمناها . فما هو ثابت حكماً أو فعلاً لا يكلف باثباته ، وإذا ادعى خصمه خلاف ما هو ثابت حكماً أو فعلاً حمل هو عبء الإثبات . ويترتب على ذلك أن القرض متى أثبتته الدائن ، كان من الثابت حكماً أنه خال من أسباب البطلان ، فإذا ادعى المدين أن العقد قد لحقه سبب منها فعليه هو أن يثبت ذلك كما أسلفنا . ثم متى ثبت عقد القرض ، أصبح ثابتاً فعلاً ، فإذا ادعى المدين خلاف ذلك ، بأن ادعى أن الدين قد انقضى بسبب من أسباب الانقضاء أو أنه قد لحقه أى تعديل ، فعليه هو عبء الإثبات كما تقدم القول (١) .

ونرى من ذلك أن عبء الإثبات لا يثقل كاهل أحد الخصمين دون الآخر ، بل هو يوزع بين الخصمين على النحو المتقدم (٢) . وقد يقع هذا التوزيع بحكم

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٠ ص ٨٤٥ - ص ٨٤٩ .

(٢) ويضع الأستاذ ديموج مبدأين أساسيين فى حمل عبء الإثبات . أولهما أن من يحمل هذا العبء لا يلتزم بإثبات جميع الشروط الواجب توافرها لوجود الحق الذى يدعيه ، بل يكفي أن يثبت من الشروط ما يجعل وجود هذا الحق مرجحاً (vraisemblable) . فليس عليه أن يثبت أن حقه قد خلا من التدليس ومن الإكراه ، لأن هذه الوقائع استثنائية ومن يدعى غير الراجح يحمل عبء ما يدعيه ، ذلك أنه ادعى شيئاً بعيد الوقوع ، ولكنه مع ذلك قد يقع ، فعليه هو أن يثبت وقوعه . والمبدأ الثانى فى عبء الإثبات هو أن هذا العبء يحمله فى كل حالة بالذات الخصم الذى يستطيع أن يضطلع به فى أقل مشقة (le moins d'inconvénient) ، أى فى أقصر وقت وبأقل المضايقات وبأيسر النفقة (le moins de délais, de vexations, de frais) . ثم =

الواقع بمقتضى قرائن قضائية ينقل بها القاضى عبء الإثبات بحسب تقديره من الخصم إلى خصمه ، وقد يقع بحكم القانون بمقتضى قرائن قانونية ينقل بها عبء الإثبات من خصم إلى آخر ، وقد يقع أخيراً بحكم الاتفاق بين الطرفين .

٥٥ - توزيع عبء الإثبات بحكم الواقع : فمثل أن يقع التوزيع بحكم الواقع عن طريق قرائن قضائية ما يأتى :

(١) شخص يريد أن يثبت صورية عقد صدر من أب إلى ولده ، فيثبت إلى جانب علاقة البنوة أن الولد وهو صغير السن عديم الكسب ليس له مال ظاهر يسمح بدفع الثمن المذكور فى العقد أنه قد دفع . فتقوم قرينة قضائية على أن واقعة دفع الثمن واقعة صورية . فينقل القاضى عبء الإثبات إلى الأب ، ليثبت مصدراً معيناً دفع منه الولد الثمن ، أو أن حقيقة العقد هبة فى صورة بيع وعندئذ يكون له حكم الهبة لا حكم البيع .

(٢) شخص يطالب آخر بتعويض لاعتدائه على اختراع له حصل على براءته وسجلها . فعلى المدعى أن يثبت حصوله على البراءة وأنه قام بتسجيلها وفقاً للأوضاع المقررة فى القانون . وعند ذلك ينقل القاضى عبء الإثبات إلى المدعى عليه ليثبت ، إذا استطاع ، أن هذا الاختراع بالرغم من صدور براءة به وتسجيلها ليس بالجديد الذى يستحق الحماية .

(٣) أنكر الخصم أن الختم الموقع به على الورقة هو ختمه . فعند ذلك يحمل الخصم الآخر عبء إثبات صحة الختم طبقاً للإجراءات المقررة فى القانون . فإذا أثبت ذلك نقل القاضى عبء الإثبات إلى الخصم الأول ، ليثبت كيف وصل ختمه هذا الصحيح إلى الورقة التى عليها التوقيع ، ويكون ذلك عن طريق دعوى

= يذهب ديموج إلى وجوب عدم المبالغة فى تقدير أهمية عبء الإثبات. ذلك أن الخصوم لا بد لهم من أن يتوزعوا فيما بينهم . فهم يتعاونون على الاضطلاع بهذا العبء ، ولكنه تعاون الأعداء ، كما يتعاون رب العمل مع نقابة العمال ، وذلك التعاون كهذا يغلب فيه أن يكون ضرورياً ومتجاً. والتعاون ليس مقصوداً فحسب على الخصوم فيما بينهم ، بل إن الخصوم يتعاونون أيضاً مع القاضى فى ذلك . ومن أجل هذا لا يستطيع القاضى أن يقضى بعلمه ، فإن ذلك يحرمه من تعاون الخصوم معه (ديموج فى الأفكار الرئيسية للقانون الخاص الفصل السابع ص ٥٤٢ - ص ٥٦٥).

التزوير التي يجب أن يسار فيها بطريقها القانوني كما قضت بذلك محكمة النقض (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٤ ص ٣٤٦) .

(٤) شخص يريد أن يثبت أن له حيازة المنزل محل النزاع ، فيقدم مستندات تثبت أنه هو الذي يؤجر المنزل ويقبض أجرته ويدفع ضريته . فتقوم قرينة قضائية على أنه هو الحائز للمنزل . وعند ذلك ينقل القاضي عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ليدحض هذه القرينة القانونية ، بأن يثبت مثلاً أن الخصم الأول إنما يؤجر المنزل ويدفع الضريبة لا لحسابه الشخصي بل لحساب المالك الذي يدير هو أعماله . وهكذا ينقل القاضي عبء الإثبات من خصم إلى آخر تبعاً لما يستخلص كل منهما من قرائن يكون من شأنها أن تلقى عبء الإثبات على خصمه .

(٥) موظف فصل من وظيفته ، فيرفع دعوى على الحكومة يقول فيها إن فصله كان تعسفياً . ولما كان هو الذي يحمل عبء إثبات التعسف ، فإنه يستطيع في هذا السبيل أن يطلب ضم ملف خدمته ليثبت منه تقدير الرؤساء لكفايته ونحلقة . فإذا أمكنه من هذا الطريق أن يثبت ألا غبار عليه من ناحية الكفاية ومن الناحية الخلقية ، نقل القاضي عبء الإثبات إلى الحكومة لتقول هي بدورها لأي سبب بالذات قد فصلته . فإن ذكرت الحكومة سبباً معيناً لفصله ، نقل عبء الإثبات إلى المدعى ، ليثبت أن هذا السبب غير صحيح أو أنه لا يكفي بفرض صحته لنفي التعسف . وهكذا يتناوب الموظف والحكومة الإثبات إلى أن يعجز أحدهما عن أن يرد عبء الإثبات إلى صاحبه ، فيكون هو المحكوم عليه في الدعوى .

٥٦ - توزيع عبء الإثبات بحكم القانون : ومثل أن يقع التوزيع بحكم القانون عن طريق قرائن قانونية ما يأتي :

(١) يريد الدائن إثبات إعسار المدين . هنا يتكفل القانون بتحليل عناصر الإثبات وتوزيعها على الخصمين عن طريق إقامة قرائن قانونية . فقد نصت المادة ٢٣٩ من التقنين المدني على أنه « إذا ادعى الدائن إعسار المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها » . فالدائن إذن يحمل عبء إثبات مقدار ما في

ذمة المدين من ديون . وعندئذ ينتقل عبء الإثبات إلى المدين ، ويكون عليه أن يثبت أن له مالا يفي بمجموع هذه الديون . وبمقدار كثرة الديون التي يستطيع الدائن إثباتها في ذمة المدين يثقل عبء المدين في إثبات أن ماله يفي بديونه . فان عجز عن هذا الإثبات اعتبر معسراً .

(٢) يريد الحائز أن يثبت أنه كسب الملكية بالتقادم ، أي أن يثبت أن حيازته استمرت المدة التي حددها القانون لتتمام التقادم . هنا أيضاً يتكفل القانون بتوزيع عناصر الإثبات على الخصمين . فقد نصت المادة ٩٧١ من التقنين المدني على أنه « إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق معين وكانت قائمة حالاً ، فان ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمنين ، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك » . فالحائز يحمل عبء إثبات أن حيازته بدأت في وقت معين وأنها قائمة حالاً . وهنا يقيم القانون قرينة على أن الحيازة استمرت قائمة في المدة ما بين الزمنين . وينتقل بذلك عبء الإثبات إلى الخصم الآخر . ويكون عليه أن يثبت أنها انقطعت في هذه المدة .

(٣) إذا أمن شخص على حياته ، ثم انتحر ، برئت ذمة المؤمن (شركة التأمين) من التزامه بدفع مبلغ التأمين إلى المستفيد . ومع ذلك لا تبرأ ذمة المؤمن من هذا الالتزام إذا كان سبب الانتحار يرجع إلى فقدان إرادة المنتحر . فإذا مات المؤمن على حياته وادعت شركة التأمين أنه مات منتحراً فبرئت ذمتها من الالتزام بدفع مبلغ التأمين إلى المستفيد ، فان القانون هنا أيضاً يوزع عبء الإثبات على كل من شركة التأمين والمستفيد . فقد نصت الفقرتان الأوليان من المادة ٧٥٦ من التقنين المدني على ما يأتي : « (١) تبرأ ذمة المؤمن من التزامه بدفع مبلغ التأمين إذا انتحر الشخص المؤمن على حياته . ومع ذلك يلتزم المؤمن أن يدفع لمن يؤول إليهم الحق مبلغاً يساوي قيمة احتياطي التأمين . (٢) فإذا كان سبب الانتحار مرضاً أفقد المريض إرادته ، بقي التزام المؤمن قائماً بأكمله . وعلى المؤمن أن يثبت أن المؤمن على حياته مات منتحراً ، وعلى المستفيد أن يثبت أن المؤمن على حياته كان وقت انتحاره فاقد الإرادة » . فشركة التأمين تحمل إذن عبء إثبات أن المؤمن على حياته قد انتحر . وعندئذ يفرض القانون فرضاً قابلاً لإثبات العكس أن الانتحار كان بإرادة المنتحر ، وأن هذا لم يكن فاقد الإرادة وقت انتحاره . فينتقل عبء

الإثبات إلى المستفيد . وعليه أن يثبت ، حتى يستحق مبلغ التأمين بأكمله ، أن المتحرر كان وقت انتحاره فاقد الإرادة^(١) .

(٤) عقد أبرم بطريق المراسلة . ولكن الموجب ادعى أنه عدل عن إيجابه قبل أن يتم العقد . فعلى الخصم الآخر أن يثبت أن العقد قد تم إبرامه - أى أن الموجب قد علم بالقبول - قبل هذا العدول . ويوزع القانون عبء الإثبات بين الخصمين ، إذ تنص المادة ٩١ من التقنين المدنى على ما يأتى : « ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك » . فعلى الخصم الآخر الذى قبل الإيجاب أن يثبت أن قبوله وصل إلى الموجب فى وقت سابق على الوقت الذى علم فيه بعدول الموجب عن إيجابه . وعند ذلك يفرض القانون أن الموجب قد علم بالقبول وقت وصوله إليه . فينتقل عبء الإثبات إلى الموجب . وعليه أن يثبت أنه بالرغم من وصول القبول إليه قبل عدوله عن الإيجاب ، إلا أنه لم يعلم به إلا بعد عدوله وعلم الخصم الآخر بهذا العدول .

(٥) باع شخص مالا يملكه . وبعد موته نازع ورثة البائع المشتري فى أن الثمن المذكور فى عقد البيع صورى ، وأن البيع قد صدر فى مرض الموت فىكون وصية ، ومن ثم لا ينفذ إلا من ثلث التركة . يوزع القانون عبء الإثبات هنا أيضاً بين الورثة والمشتري . فقد نصت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٩١٦ على ما يأتى : « ٢ - وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . ٣ - وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت ، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه » . فالورثة إذن يحملون عبء إثبات أن البيع قد صدر فى مرض الموت . ومتى أثبتوا ذلك قامت قرينة قانونية على أن العقد مقصود به التبرع وأن ثمناً ما لم يدفع . وعند ذلك ينتقل عبء الإثبات إلى المشتري . وعليه أن يثبت أنه دفع للبائع ثمناً لا يقل عن قيمة المبيع بمقدار يجاوز

(١) انظر ما قدمناه فى هذه المسألة فقرة ٤٧ فى الحاشية .

ثلث التركة ، وإلا فإن البيع ، فيما تجاوز فيه زيادة قيمة المبيع على الثمن ثلث التركة ، لا يسرى في حق الورثة (م ٤٧٧ مدني) .

ونرى من الأمثلة المتقدمة أن كل قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ليست في الواقع إلا توزيعاً لعبء الإثبات بين الخصمين ، يتكفل به القانون .

ونرى كذلك مما سبق بيانه أن من يحمل عبء الإثبات ليس مطالباً في الواقع من الأمر بإثبات كامل قاطع . ولا هو يكلف — على عكس ما ذهب إليه الأستاذان أوبري ورو^(١) — بإثبات كل عنصر من العناصر التي تتكون

(١) يذهب أوبري ورو إلى أن الخصم الذي يحمل عبء الإثبات يجب أن يثبت جميع العناصر الواقعية والقانونية للحق (droit) الذي يتمسك به أو الفائدة القانونية (bénéfice légal) التي يدعيها . ويقف عبء الإثبات عند هذا الحد . فلا يلتزم الخصم بإثبات انعدام الأسباب أو الظروف التي كان وجودها يمنع من كسب الحق (obstacle à l'acquisition du droit) أو يؤدي إلى سقوط الفائدة القانونية (déchéance du bénéfice légal) . ولا يلتزم كذلك أن يثبت أن الحق لم يدخل عليه تعديل أو يلحق به قيد لمصلحة خصمه (n'a pas été modifié ou restreint au profit de son adversaire) (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٨٤ و ص ٨٦ - ص ٩٠) .

ويعترض بارتان (ص ٨٤ حاشية رقم ١٩ مكرر) على التمييز ما بين الواقعة التي أنشأت الحق ، ويبقى على المدعى عبء إثباتها ، والواقعة التي تكون قد منعت من نشوء الحق أو تكون قد عدلت أو قيدت منه ، ويحمل المدعى عليه فيها عبء الإثبات . ويقول إن هذا التمييز لا مبرر له ، وإذا كنا نزمع أن نطلب من المدعى إثباتاً كاملاً فينبغي أن يثبت جميع الوقائع دون تمييز . ولكن الواقع من الأمر أننا لا نطالب المدعى بإثبات كامل حتى بالنسبة إلى الواقعة التي أنشأت الحق . فإن صاحب الاختراع مثلاً يجب عليه أن يثبت صدور براءة له بالاختراع وأنه سجل هذه البراءة ، وعلى المدعى عليه أن يثبت أن الاختراع ليس بمجديد مع أن جدة الاختراع هي من العناصر المكونة للواقعة مصدر حق المخترع ومع ذلك يقع عبء إثباتها على المدعى عليه لا على المخترع .

ثم في حاشية ثانية (رقم ١٩ مكرراً خامساً quinquies) يعترض بارتان على ما جعل أوبري ورو عبء الإثبات فيه على المدعى عليه ، ويستعرض في هذا الصدد فروضاً مختلفة يخلص منها إلى أن عبء الإثبات فيها إنما يقع على المدعى لا على المدعى عليه ، وينتهي بالعبرة الآتية : « وبعبارة موجزة ، أياً كان التعريف الذي نقف عنده لما يدعوه أوبري ورو المانع من نشوء الحق ، يقابل به انعدام الشروط الضرورية لوجود الحق ، فإن القاعدة التي تلقى عبء إثبات هذا المانع على عاتق المدعى عليه تبدو لنا — وهذا أقل ما يمكن أن أقول — قاعدة مشكوكاً فيها غير متماسكة » .

منها الواقعة مصدر الحق المدعى به . وليست الحقيقة القضائية التي يتولى إثباتها بالحقيقة المطلقة التي لا يداخلها الشك . فالقانون لا يطلب المستحيل . وإنما يكتفى من يحمل عبء الإثبات أن يقنع القاضي بأن الأمر الذي يدعيه أمر مرجح الوقوع بحيث يكون من المعقول التسليم بوقوعه فعلاً ، وينفى القاضي ما بقى من شك يحوم حول الأمر بأن ينقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ، ليثبت أنه ، بالرغم من الظواهر التي ترجح وقوع الأمر ، توجد قرائن أخرى تجعل الراجح مرجوحاً . ثم يرد عبء الإثبات إلى الخصم الأول ، لهدم هذه القرائن

== ثم في حاشية ثالثة (رقم ١٩ مكرر سادساً *sexies*) يتناول بارتان الاستثناء الثاني — سقوط الفائدة القانونية المدعاة (*déchéance du bénéfice légal invoqué*) — فيقول بعد استعراض فروض مختلفة في أحوال سقوط الحق إن عبء الإثبات في هذه الفروض يقع على المدعى لا على المدعى عليه خلافاً لما ذهب إليه أوبرى ورو .

ثم في حاشية رابعة (رقم ١٩ مكرر سابعاً *sépties*) يتناول بارتان الاستثناء الثالث والآخر — تعديل الحق المتمسك به أو تقييده لمصلحة الخصم (*modification ou restriction au profit de l'adversaire du droit invoqué*) — فيقول لو أن دائناً أبرأ ذمة مدينه لإعسار طارئ محتفظاً بالحالة التي يعود فيها المدين إلى اليسار ، ثم طالب المدين بعد يساره ، فإن على الدائن أن يثبت أنه استبقى الصفة المدنية لحقه ، وليس على المدين أن يثبت أن الدين قد تحول بإبراء الذمة إلى التزام طبيعي ولو كان الإبراء مقروناً بتحفظ .

ثم ينتهى بارتان (في الحاشية رقم ٢٠ مكرر) إلى عرض ما يقترحه هو بديلاً لما ذهب إليه أوبرى ورو ، فيقول : إن توزيع عبء الإثبات لا يكون على نمط واحد ، بل يختلف تبعاً لما إذا كان يراد إثبات واقعة مادية ، كوقوع حادث ، أو إثبات حالة نفسية ، كالنية أو كالعلم بالغلط . ويختلف كذلك تبعاً لما إذا كان يراد إثبات واقعة مادية محضة ، كتسليم الطرد لأمين النقل ليستخلص من هذه الواقعة واقعة مادية أخرى لا يمكن إثباتها بطريق مباشر كتلف ما بالطرد بعد ضياعه أو فقده ، أو إثبات واقعة مادية ليستخلص منها إما علاقة سببية بين واقعيتين ، أو نسبة معينة بين قيمتين تكون المقارنة بينهما من شأنها أن تنشئ التزاماً بالرد أو التزاماً بالإسعاف والمساعدة أو إنقاصاً لالتزامات مرهقة أو تفسيراً فرضه القانون أو ارتضاء الطرفان باختيارهما لعملية قانونية ويحسن أن نحلل ما صدر من أحكام القضاء في هذه المشاكل تحليلًا وصفيًا . وسيؤدى هذا التحليل دون شك ، إذا تعمقنا فيه إلى المدى الممكن تصوره ، إلى تحديد ما أسميه «أسراً طبيعية من الخصومات» (*familles naturelles des litiges*) . فإذا عرض للمشتغل بالقانون مسألة جديدة غير متوقعة في توزيع عبء الإثبات ، أمكنه أن يجد من بين هذه « الأسر الطبيعية » ما يصلح لمقارنة الجديد به ، بل ما يصلح أن يعتبر سابقة قضائية حقيقية لشدة المشابهة ، فيقيس الجديد عليه ، ويصل من هذا القياس إلى الحل المنشود . (قارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٧٧) .

بقرائن أخرى تعيد للأمر كفة الرجحان . وهكذا يتقاذف الحصان الكرة ، كل منهما يدفعها إلى صاحبه ، إلى أن يعجز أحدهما عن ردها ، فتسقط من يده ، ويسجل على نفسه الخسارة^(١) .

فلا نبالغ إذن في القول بفداحة عبء الإثبات . فإن الخصم يتخفف من هذا العبء بأمرين : (أولاً) بتحليل الواقعة المراد إثباتها إلى عناصر متعددة يتوزع بين الخصمين عبء إثباتها ، فيقوم كل منهما بنصيبه في هذا العبء . (ثانياً) بعدم مطالبة الخصم - في العناصر التي يكلف بإثباتها - بإثبات قاطع يصل بها إلى درجة الحقيقة المطلقة . بل يكفي أن يثبت رجحانها . وهذا هو شأن الحقيقة القضائية ، لا يقدر لها أن تصل إلى مرتبة الإطلاق^(٢) .

(١) وقد جاء في الموجز للمؤلف في هذا المعنى ما يأتي : « ويتبين من ذلك أن مهمة كل خصم في الدعوى هو أن ينقل عبء الإثبات إلى خصمه . فإن عجز الخصم عن الإثبات خسر دعواه . وإن استطاع هو الآخر نقل عبء الإثبات إلى الخصم الأول ، وعجز الخصم الأول عن الإثبات خسر هذا الخصم دعواه ، إلا إذا استطاع نقل عبء الإثبات إلى الخصم مرة ثانية ، وهكذا . وعبء الإثبات يقع دائماً على من يدعى شيئاً مخالفاً لما هو ثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً أو بفضل قرينة قانونية . ونرى من ذلك أن الحقائق القضائية ليست إلا حقائق نسبية ، شأن سائر الحقائق » (الموجز ص ٦٥١) .

(٢) في رسالة حديثة (موتيلسكي Motulsky في نظرية العناصر المكونة للحقوق - باريس سنة ١٩٤٨) ، اتخذ المؤلف هذه العناصر أساساً لرأى ذهب إليه في مسألة عبء الإثبات . فهو يميز بين مرحلتين : عبء الادعاء (charge de l'allégation) وعبء الإثبات (charge de preuve) .

١ - فعبء الادعاء ينحصر في أن المدعى يجب أن يضمن ادعاءه جميع العناصر التي تكون الحق المدعى به . وهذا ما يسميه المؤلف بالعناصر المكونة للحق (éléments générateurs du droit) . فإن أغفل شيئاً من هذه العناصر ، رفضت دعواه . ومن ثم يظهر المعنى المقصود بعبارة « عبء الادعاء » ، فالمدعى يحمل عبء ادعاءه جميع العناصر المكونة للحق الذي يدعيه ، وإلا خسر دعواه ، وذلك حتى قبل الانتقال إلى مرحلة عبء الإثبات ، بل وحتى لو حضر وحده في غيبة خصمه ، ولم يذكر جميع العناصر المكونة لحقه ، فإنه يخسر دعواه لمصلحة خصمه الغائب - ولكن التطبيق الحرفي لهذه القاعدة قد يفضي إلى الاستحالة . فلو أن البائع طالب المشتري بثمن المبيع ، لوجب عليه ، طبقاً لحرفية هذه القاعدة ، أن يضمن ادعاءه وقوع التراضي على المبيع والثمن ، وأهلية المتعاقدين ، وخلو التراضي من العيوب ، وتوافر شروط المبيع ، ووجود سبب مشروع الخ .. فلا بد إذن من أن يتخفف من يحمل « عبء الادعاء » من بعض هذه العناصر ، عن طريق ما يسميه المؤلف بنظرية الإعفاء (la théorie des dispenses) . والإعفاءات التي ترد على « عبء =

٥٧ — تعيين من يقع عليه عبء الإثبات بحكم الاتفاق (التعريف)

الاتفاقى لقواعد عبء الإثبات : وغنى عن البيان أن القواعد التي قدمناها في عبء الإثبات قل أن تعتبر من النظام العام ، لأن الكثير منها لم يوضع إلا لحماية الخصوم . فمن الجائز إذن ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك ، عند ما يضع القانون

= الإدعاء « نوعان : إعفاءات عقلية (dispenses rationnelles) وإعفاءات قانونية (dispenses légales) . فهناك شروط لا بد من توافرها لوجود الحق المدعى به ، ولكنها شروط يجب عقلا وبداهة (sentiment d'évidence) افتراض وجودها إلى أن يقوم في شأنها نزاع . من ذلك الشروط العامة الواجب توافرها في كل دعوى وفي كل حق وفي كل التزام وفي كل عقد . هذه تدخل تحت « الإعفاءات العقلية » ، فيعفى المدعى من تضمين إدعائه لها إلى أن ينازع فيها المدعى عليه . أما الشروط التي تميز الحق المدعى به وتخصصه فهذه يجب أن يتضمنها الادعاء . ويدخل أيضاً تحت « الإعفاءات العقلية » المفهومات المركبة (notions complexes) كمفهوم البيع ومفهوم الزواج ، فتبقى على ما هي عليه من تركيب ، إلى أن يقع في شأنها نزاع ، فعند ذلك يجب تحليلها (décomposition) إلى العناصر التي تتركب منها . « والإعفاءات القانونية » قد ينص عليها القانون صراحة ، كما فعل في النص على افتراض حسن النية ، فيعفى المدعى من إثبات هذا العنصر . على أن أكثر « الإعفاءات القانونية » لا نص عليها ، ولكنها تستخلص من ثنايا النصوص (elle doit être décélée par l'exégèse) ، فحيث يعمد القانون ، لا إلى تنظيم عنصر من عناصر الحق ، بل إلى تنظيم الوضع المخالف له ، يكون على المدعى عليه عبء إثبات هذا الوضع المخالف ، وذلك كما فعل القانون في تنظيم عدم الأهلية والبطلان وانقطاع التقادم ووقفه والشرط والأجل والتعسف في استعمال الحق والوصية . ويخلص المؤلف من ذلك إلى وضع القاعدة الآتية في « عبء الادعاء » : « على الخصم الذي يطالب بحق أن يضمن ادعائه جميع الظروف التي تقابل العناصر المكونة لهذا الحق ، ما لم يوجد لديه إعفاء عقلي أو قانوني » .

هذا هو « عبء الإدعاء » من حيث المبدأ . أما من حيث التطبيق : فالمدعى إما أن ينوء بعبئه ، فلا يضمن ادعائه ، بعد جميع الإعفاءات ، العناصر اللازمة ، فيخسر دعواه دون انتقال إلى مرحلة الإثبات . وإما أن يقوم بعبئه ، فيضمن ادعائه العناصر اللازمة . عند ذلك يأتي دور المدعى عليه . وهذا إما أن ينازع في الوقائع المدعاة ، فعليه عبء المنازعة (charge de contestation) ، أى عليه أن ينازع منازعة جدية في أحد العناصر المدعاة ، وإلا كسب المدعى دعواه دون أن ينتقل إلى مرحلة الإثبات . وإما أن يقر بالحق المدعى به ولكن يدعى أن هذا الحق قد انقضى أو لحقه تعديل ، فعليه في هذه الدعوى المقابلة (contre-action) عبء الادعاء المقابل ، وعليه أن يضمن ادعائه جميع العناصر المطلوبة ، وعلى المدعى أن يقف من هذا الادعاء المقابل موقف المنازع أو موقف من يدعى ادعاء مقابلاً آخر ، وهكذا . وينتهى القاضى إلى تصفية « نقط النزاع » (faits litigieux) . وهذه هي الوقائع المنتجة في الدعوى والتي بقيت محلاً للنزاع بين الخصمين . وعند ذلك ينتقل القاضى إلى مرحلة الإثبات .

قرينة قانونية تنقل عبء الإثبات إلى خصم معين لحماية الخصم الآخر ، أن يتفق الطرفان مقدماً على إلغاء هذه القرينة ، وإعادة عبء الإثبات إلى من كان ينتفع بها ، فينزل بذلك عن الحماية التي منحها له القانون ، ويكون في هذا تعديل اتفاقى لقواعد عبء الإثبات ، وهو صحيح قانوناً .

ونأتى بأمثلة لذلك : (١) الأصل في الضرر الذي يحدثه الحيوان أن حارس الحيوان هو المسئول عنه ، إلا إذا أثبت هذا أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي (م ١٧٦ مدني) . ولكن يجوز الاتفاق مقدماً على نقل عبء الإثبات إلى

= ب - و عبء الإثبات يقتصر على «نقط النزاع» بعد حصرها على الوجه المتقدم . فهناك «نقط نزاع» تخلفت عن تصفية ادعاء المدعى فيحمل المدعى عبء إثباتها . وهناك «نقط نزاع» أخرى تخلفت عن تصفية ادعاء المدعى عليه فيقع عبء إثباتها على المدعى عليه . وهكذا يتوزع عبء الإثبات بين الخصمين ، كل يحمل نصيبه منه . وتتناول نظرية الإعفاء عبء الإثبات كما تناولت عبء الادعاء . غير أن الإعفاء هنا لا يكون إلا إعفاء قانونيا (dispense légale) ، أما الإعفاء العقلي (dispense rationnelle) فيمتنع ، لأنه في عبء الادعاء لا يقوم مع قيام النزاع ، والنزاع هنا قائم فرضاً . فيعنى كل من الخصمين من إثبات الأوضاع المخالفة التي عمد القانون إلى تنظيمها ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

وإذا كان الدليل الذي يتقدم به من يحمل عبء الإثبات دليلاً مقنعاً للقاضي ، صدر الحكم لمصلحته . وإذا عجز عن الإثبات ، صدر الحكم ضده . وإذا كان الدليل يشوبه الشك ، فسر الشك لغير مصلحته وصدر الحكم ضده ، وهنا تتبين دلالة حمله لعبء الإثبات . هذه هي الخطوط الرئيسية للرأى الذى يتقدم به صاحب الرسالة المتقدمة الذكر . وليس في هذا الرأى نصيب كبير من الابتداع ، وإن كان فيه كثير من الترتيب والتنسيق . فتصفية ادعاءات كل من الخصمين قبل الانتقال إلى مرحلة الإثبات ، وتحديد نقط النزاع بعد هذه التصفية ، وتوزيع عبء الإثبات بين الخصمين ، فيه ترتيب منسق وتسلسل منطوق للمسائل التي ينطوى عليها عبء الإثبات . ولكن المسألة الجوهرية في عبء الإثبات — التي رأينا ديموج يعالجها عن طريق فكرتي الرجحان (vraisemblance) والاضطلاع بأقل مشقة (le moins d'inconvénients) ، ورأينا بارتان يواجهها بالأسر الطبيعية للخصومات (familles naturelles de litiges) ، ويعمد حتى إلى تحميل عبء الإثبات فيها لمن يريد تعديل وضع مكتسب (modification d'une situation acquise) ، ويعمد بارد إلى تحميل هذا العبء لمن يتمسك بواقعة مخالفة للوضع المألوف المعتاد (un fait contre l'état normal et habituel) ، كما يعمد تيفنيه (Thevenet) إلى تحميل العبء لمن يقوم الظاهر ضده (contre lequel l'apparence existe) — هذه المسألة الجوهرية يعالجها المؤلف بنظريته في الإعفاء . وهي نظرية لا تزيد في التحديد والضبط عن هذه الآراء التي قدمناها ، وقد أحس المؤلف نفسه أنها محوطة بشيء من الغموض . ونحن إذا دققنا النظر في نظرية الإعفاء هذه ، لا نراها تخرج عما سبق أن قررناه من أن الخصم يعنى من عبء الإثبات إذا ادعى ما هو ثابت حكماً أو فعلاً .

المضرور . فيصح أن يتفق شخصان شريكان في مرعى واحد على أن كل ضرر يقع من مواشى أحدهما على مواشى الآخر لا يكون الأول مسئولاً عنه إلا إذا أثبت الآخر خطأ في جانبه . (٢) الأصل أن أمين النقل مسئول عن الضرر الذى يحدث أثناء النقل للشخص أو الشيء الذى ينقله ، والمسئولية هنا مسئولية عقدية ، فعلى أمين النقل إذن يقع عبء الإثبات . ولكن يجوز الاتفاق مقدماً — ما لم يكن هذا شرط إذعان — على نقل عبء الإثبات من أمين النقل إلى المتعاقد معه ، فيصبح هذا هو المكلف بإثبات خطأ فى جانب أمين النقل على أساس المسئولية العقدية لا المسئولية التقصيرية . (٣) إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى (الشرط الجزائى) ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً (م ٢٣١ مدنى) . ولكن يجوز للطرفين أن يتفقا مقدماً على نقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين ، فيكون للدائن أن يطالب بقيمة الضرر التى جاوزت قيمة الشرط الجزائى ما لم يثبت المدين أنه لم يرتكب غشاً . (٤) المستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يدره فيه (م ٥٨٤ فقرة ١ مدنى) . ولكن يجوز للطرفين أن يتفقا مقدماً على نقل عبء الإثبات إلى المؤجر ، فيكون المستأجر غير مسئول عن حريق العين إلا إذا أثبت المؤجر خطأ فى جانبه (١) ، وبذلك يتحول التزام المستأجر من التزام بتحقيق غاية إلى التزام ببذل عناية (٢) .

وكما يقع التعديل الاتفاقى لقواعد عبء الإثبات مقدماً قبل حصول النزاع على النحو الذى قدمناه ، كذلك يصح أن يقع هذا التعديل أثناء النزاع . فيجوز لحصم لم يكن فى الأصل مكلفاً بإثبات واقعة أن يتطوع لإثباتها ، فإذا أجابه القاضى إلى طلبه فليس له بعد ذلك أن يحتج بأنه غير مكلف قانوناً بالإثبات . ذلك أن تطوعه لإثبات الواقعة مع سكوت خصمه يكون بمثابة اتفاق بينهما على نقل عبء الإثبات إليه ، فيلزمه أن يضطلع بهذا العبء . وقد قضت محكمة النقض بأن القواعد التى تبين على أى خصم يقع عبء الإثبات لا تتصل بالنظام العام ، ولذا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وإذن فتى كان الطاعن قد طلب من

(١) انظر الدكتور سليمان مرقس فى شرح عقد الإيجار الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ فقرة ٢٢٣

ص ٤١٧ — ص ٤١٨ .

(٢) انظر الجزء الأول من الوسيط فقرة ٤٤٠ ص ٦٧٧ .

المحكمة إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ما يدعيه ، فليس له أن ينعى بعد ذلك على الحكم باجابهته إلى ما طلب ، حتى ولو كان فيما طلب متطوعاً لإثبات ما هو غير ملزم بحمل عبئه (١) .

ثالثاً - طرق الاثبات

١ - ما هي طرق الاثبات (سلطة الخصوم وسلطة محكمة النقض في شأنها)

٥٨ - طرق الاثبات التي رسمها القانون وإجراءاتها وقوة كل

طريق منها : رسم القانون طرق الإثبات المختلفة. وهي ستة : (١) الكتابة écrite (٢) الشهادة أو البيعة témoignage (٣) القرائن présomptions (٤) الاقرار aveu (٥) اليمين serment (٦) المعاينة constatation .

ونبادر إلى استبعاد المعاينة من بين موضوعات القانون المدني ، إذ هي لا تنطوي إلا على إجراءات اصطلاح على جعلها كلها من مباحث قانون المرافعات ، سواء في ذلك ما تعلق منها بانتقال المحكمة للمعاينة visite des lieux (م ١٨٥-١٨٨ مرافعات) أو ما تعلق بالمعاينة الفنية التي يقوم بها الخبراء (expertise) (٢) (م ٢٢٥ -

(١) نقض مدني ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٢٨ ص ٢٠٣ .
(٢) وتعيين الخبراء من الرخص المحولة للقاضي ، فله أن يقدر ما إذا كان لازماً أو غير لازم ، وله بعد أن يتم هذا التعيين أن يأخذ بتقرير الخبراء أو ألا يأخذ به (نقض مدني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢ ص ٦-١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١ ص ٥ ص ١٤ - ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٢ ص ٨٤ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٩ ص ١٣٩ - ١٢ مارس سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٣٥ ص ١٠٤٧ - ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٩ ص ٤١٠ - ٩ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٨ ص ٨٢٠ - ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٨ ص ٣٠٢ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٨ ص ٥٠٣ (الأخذ بالجزء غير الباطل من تقرير الخبراء) - أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٦ ص ٥٨١ - ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٣ ص ٧١٣ - ٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٦ ص ٣٢٧ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٣ ص ٦٨٤) . ولكن يجب تعيين خبراء إذا أوجب القانون ذلك (كما فعل تقنين المرافعات إذ قضت الفقرة الثانية من المادة ٣١ ، في تقدير الدعوى المتعلقة بالعقار ، بأنه إذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت قيمته بحسب المستندات التي =

٢٥٢ مرافعات) . فتكون طرق الاثبات التي تعالج في القانون المدني هي الخمسة الأولى . وتعين هذه الطرق وتحديد قيمة كل طريق منها من مسائل القانون المدني ، أما الإجراءات التي رسمها القانون للسير في كل طريق فمن مسائل قانون المرافعات ولا شأن لنا بها هنا .

والكتابة من أقوى طرق الإثبات ، ولها قوة مطلقة إذ يجوز أن تكون طريقة لا إثبات الوقائع القانونية والتصرفات القانونية دون تمييز كما سنرى . ولم تكن لها هذه القوة قديماً ، بل كان المقام الأول للشهادة في وقت لم تكن فيه الكتابة منتشرة بل كانت الغلبة للأمية ، فكان الاعتماد على الرواية دون القلم . هكذا كان الأمر في الفقه الإسلامي وفي سائر الشرائع . ثم أخذت الكتابة تنتشر ، وساعد على ذلك اختراع الطباعة ، فعملت الكتابة على الشهادة وصار لها المقام الأول . ومن مزايا الكتابة أنه يمكن إعدادها مقدماً للإثبات منذ نشوء الحق دون التربص إلى وقت المخاصمة فيه ، ولذلك سميت بالدليل المعد *preuve préconstituée* . وقد أوجبه القانون بوجه عام طريقة للإثبات في الأحوال التي يمكن فيها إعدادها مقدماً ، وهي الأحوال التي يكون فيها مصدر الحق تصرفاً قانونياً ، فإن التصرف القانوني يسهل إعداد كتابة لإثباته من وقت صدوره . أما الواقعة القانونية ، وهي عمل مادي ، فقد لا يتيسر إعداد كتابة لإثباتها ، لذلك يجوز بوجه عام إثباتها بجميع طرق الإثبات لا بالكتابة وحدها . ومن مزايا الكتابة أيضاً أنها لا يتطرق إليها من عوامل الضعف ما يتطرق إلى الشهادة ، فالشهود يجوز عليهم الكذب ، وتعوزهم الدقة على كل حال ، وتعرض ذاكرتهم للنسيان . على أن الكتابة ، إذا خلت مما يلحق الشهادة من كذب

= تقدم أو بواسطة خبير) ، أو كان تعيين الخبير هو الوسيلة الوحيدة للخصم في إثبات مدعاه فعند ذلك لا يجوز رفض تعيين الخبير بغير سبب مقبول (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٢ ص ١٠٢٠) . انظر أيضاً المادة ٨٣٦ مدني وتقضي بأن تندب المحكمة ، إن رأت وجهاً لذلك ، خبيراً لقسمة المال الشائع ، وفي الكثرة الغالبة من الأحوال يكون هناك وجه لتعيين الخبير .

وتقارن الأسانذة بلانيول وريبير وبولانجيه بين الخبير والشاهد . فهما يتوافقان من حيث أن القاضي يعتمد على أقوال كل منهما في تكوين اعتقاده . وهما يتفارقان من حيث إن الشاهد يخبر عن الماضي أما الخبير فيقرر عن الحاضر . والأول يقتصر على رواية خبر ، أما الثاني فيبدى رأياً فنياً يعين القاضي على البت في الدعوى . فالخبير أقرب إلى أن يكون قاضياً من أن يكون شاهداً (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ ص ٢٢٥٤) .

أو اضطراب أو نسيان ، لا تخلو هي أيضاً من احتمال التزوير . وقد رسم قانون المرافعات إجراءات معينة للطعن في الكتابة بالانكار أو بالتزوير (م ٢٥٣-٢٩١ مرافعات) .

أما الشهادة أو البيئة فقد كانت من أقوى الأدلة في الماضي كما قدمنا ، ثم نزلت للأسباب التي بينها إلى مكان أدنى . فهي طريق للإثبات ذو قوة محدودة ، إذ لا يجوز إثبات التصرفات القانونية بها إلا في حالات استثنائية ، ولا تثبت بها إلا الوقائع القانونية لأنها أعمال مادية فجاز إثباتها بالبيئة لموقع الضرورة (١) . وقد حاطها المشرع بضمانات عدة ، فرسم إجراءات دقيقة لسماع الشهود (م ١٨٩-٢٢٤ مرافعات) ، وفرض عقوبة على شهادة الزور ، وترك للقاضي التقدير الأعلى في الأخذ بها إذا أقنعتة أو في اطراحها إذا هو لم يقتنع .

أما القرائن فهي طريق للإثبات غير مباشر ، لأن الخصم لا يثبت فيها الواقعة ذاتها محل النزاع بل واقعة أخرى متصلة بها يرى القانون أو القاضي أن في إثباتها إثباتاً للواقعة الأولى . فيكون الخصم قد أثبت الواقعة الثانية إثباتاً مباشراً ، وأثبت الواقعة الأولى - وهي الواقعة محل النزاع - إثباتاً غير مباشر . والقرائن قسمان : قرائن قانونية يقررها القانون بنص فيه ، وقرائن قضائية يستنبطها القاضي من وقائع الدعوى وظروفها وله حرية واسعة في تقديرها . والقرائن القانونية إما أن تكون قرائن بسيطة تقبل إثبات العكس ، أو قرائن قاطعة لا يجوز إثبات عكسها (٢) . أما القرائن القضائية فكلها قابلة لإثبات العكس . وإذا كانت

(١) ومع ذلك . فقد يوجب القانون الإثبات بالكتابة في بعض الوقائع المادية كما فعل في إثبات البنوة (م ٣٢٣ فقرة ٢ و م ٣٤١ فقرة ٣ مدني فرنسي) ، وقد يجيز الإثبات بالبيئة في مناسبة تصرف قانوني كالغلط والتدليس والإكراه إذا شاب عيب منها التصرف القانوني لأن هذه العيوب ليست في الواقع إلا وقائع مادية (بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢١٦٦) .

(٢) يرى أوبري ورو أن الواقعة التي يعتبرها القانون ثابتة بفضل قرينة قانونية قاطعة لا تكون محلاً للإثبات ، ومن ثم لا تكون القرائن القانونية القاطعة طريقاً للإثبات بالمعنى الصحيح . أما القرائن القانونية البسيطة ، وهي التي يجوز إثبات عكسها ، فلا تكون هي أيضاً طريقاً للإثبات ، بل هي طريق لنقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٧٣) .

وقد قدمنا أن القرينة القانونية القاطعة توجب على الخصم إثبات واقعة متصلة بالواقعة محل =

القرائن تنطوي في كثير من الأحوال على وقائع مادية ملموسة لا يتطرق إليها الكذب أو الاضطراب كما يتطرق إلى الشهادة ، إلا أنها تقوم على أساليب دقيقة من الاستنباط لا يؤمن فيها العثار . ومن ثم جعلت القرائن ، من حيث قوتها في الإثبات ، بمنزلة الشهادة ذات قوة محدودة ، ولا يجوز قبولها إلا حيث تقبل الشهادة . ولم يرسم قانون المرافعات للقرائن إجراءات معينة ، فجميع الأحكام الخاصة بها أحكام موضوعية وهي متناثرة في جميع نواحي القانون .

أما الإقرار فانه إذا صدر من الخصم على نفسه بحق لخصمه ، لا يكون في الواقع من الأمر طريقاً لإثبات هذا الحق ، بل إعفاء من إثباته ، ونزولاً من الخصم المقر عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه . ولما كان الإقرار نزولاً عن حق المطالبة بالإثبات ، فهو من جهة يقبل في الوقائع المادية والتصرفات القانونية على السواء ، وهو من جهة أخرى يكون حجة قاصرة على المقر دون غيره ، فهو وحده الذي نزل عن حق المطالبة بالإثبات ، وقد يكذب في إقراره فيقرر بشيء في حق نفسه تخلصاً مما هو أشد أو إلحاقاً للضرر بغيره . وقد رسم قانون المرافعات إجراءات خاصة تمهد للإقرار ، هي إجراءات استجواب الخصوم

= النزاع . فهناك إذن واقعتان : واقعة أصيلة وهي الواقعة محل النزاع ، وواقعة بديلة وهي الواقعة الواجب على الخصم إثباتها ويكون في هذا الإثبات إثبات للواقعة الأصيلة . ففيما يتعلق بالواقعة البديلة ، لا يكون في القرينة القانونية القاطعة إعفاء من الإثبات ، بل هناك إثبات مباشر . أما فيما يتعلق بالواقعة الأصيلة ، فإن في القرينة القانونية القاطعة إعفاء من الإثبات المباشر ، وتثبت الواقعة الأصيلة ثبوتاً غير مباشر عن طريق إثبات الواقعة البديلة . ولا فرق ما بين القرينة القانونية القاطعة والقرينة القانونية البسيطة ، في هذا الصدد ، إلا في أن الإعفاء من الإثبات المباشر للواقعة الأصيلة في القرينة البسيطة هو إعفاء مؤقت لا إعفاء نهائي كما في القرينة القاطعة . إذ أن القرينة البسيطة ، بنقلها عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ، تفسح المجال لإعادة هذا العبء إلى الخصم الأول بعد أن كان قد أعفى من الإثبات ، وذلك إذا ما اضطلع الخصم الآخر بعبئه . أما بالنسبة إلى الواقعة البديلة فالقرينة القاطعة والقرينة البسيطة سواء : في الاثنتين يتعين إثبات الواقعة البديلة إثباتاً مباشراً .

ولما كانت العبرة في الإثبات إنما تكون بالإثبات الذي ينصب مباشرة على الواقعة الأصيلة ، فقد اعتبرنا هذا المعنى في القرائن القانونية ، وآثرنا في الترتيب الذي توخيناه أن نجعل هذه القرائن ، لا طريقاً للإثبات ، بل طريقاً للإعفاء من الإثبات ، إذ هي جميعاً تعفى من إثبات الواقعة الأصيلة إثباتاً مباشراً ، على وجه نهائي في القرائن القاطعة وعلى وجه مؤقت في القرائن البسيطة .

(interrogatoire) واستحضارهم شخصياً أمام القاضي (comparution
personnelle) (م ١٦٦ - ١٧٤ مرافعات).

بقيت اليمين . ويمكن القول إنها طريق للإثبات من وجوه أربعة : إذا حلفها
من وجهت إليه فقد ثبت حقه بيمينه ، وإذا نكل دون أن يردّها فقد ثبت حق
خصمه بنكوله ، وإذا ردها إلى الخصم فحلف فقد ثبت حق الخصم بيمينه ،
وإذا ردها إلى الخصم فلم يحلف فقد ثبت حقه بنكول خصمه . على أن الواقع
من الأمر أن اليمين كالإقرار ليست طريقاً للإثبات ، لأن توجيه اليمين إلى الخصم
أو ردها عليه إنما هو احتكام إلى ذمته ، فإن حلف كان هذا تحملاً للحق ، وإن
نكل كان هذا بمشابة الإقرار . ومن ثم يقبل توجيه اليمين في الوقائع المادية
والتصرفات القانونية على السواء ، شأن اليمين في ذلك شأن الإقرار . وقد رسم
قانون المرافعات الإجراءات اللازمة في تحليف اليمين (م ١٧٥ - ١٨٤ مرافعات) .

ونرى مما تقدم أن القانون قد عين طرق الإثبات المختلفة ، وحدد لكل
طريق قوته ، بمقتضى قواعد وضعها لذلك ^(١) . فهل تعتبر هذه القواعد من
النظام العام لا سلطان للخصوم عليها ، أم هي قواعد قابلة للتعديل بالاتفاق
فيما بين الخصوم ؟ هذا ما ننتقل الآن إليه .

(١) وللخصم أن يختار من طرق الإثبات ما يجيزه القانون . وهو إذا اختار طريقاً منها ،
ولم يوفق فيه أو عدل عنه ، فله أن يلجأ إلى طريق آخر ، وذلك إلا في اليمين فسنرى أن الالتجاء
إلى هذا الطريق يعتبر نزولاً عما عداه من الطرق . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز
للخصم الذي رخص له في إثبات حق متنازع فيه بطريق معين من طرق الإثبات أن يلجأ إلى طرق
أخرى لإثبات حقه ، سواء أكان قد عجز عن الإثبات بالطريق الذي سبق الترخيص به أم كان
قد عدل عن هذا الطريق بعدم المضي فيه . ومن ثم إذا كان المدعى في دعوى الاستحقاق قد فقد
حقه في السير في إجراءات التحقيق ، فلا يترتب على ذلك أنه يفقد حقه في إثبات دعواه بطريق
آخر (استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٥٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا أقر
القاضي اتخاذ طريق من طرق الإثبات ، فإن ذلك لا يمنع الخصم ، وكذلك لا يمنع القاضي ، من
الالتجاء إلى طرق أخرى لإثبات أو نفي ما يدعيه الخصوم . وينبئ على ذلك أنه إذا لم يباشر
الخبير المحاسب عمله بسبب عدم إيداع الخصم الأمانة المقدرة ، فإن ذلك لا يمنع الخصم المقصر في
إيداع الأمانة من أن يستبدل بهذا الطريق طرقاً أخرى للإثبات . ويتعين على القاضي أن يبحث
هذه الطرق ، غاضباً النظر عن الإجراءات التي سبق اتخاذها ولم يتم (استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة
١٩٣١ م ٤٤ ص ٥٦) .

٥٩ - الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات^(١): يذهب الفقه الفرنسي

إلى القول بطلان هذه الاتفاقات . وحجته في ذلك أن طرق الإثبات تتعلق بحسن تنظيم القضاء والتعرف على خير السبل التي يهتدى بها القضاة إلى الحقائق ، ومن ثم تكون القواعد التي تعين هذه الطرق وتحدد قوة كل منها قواعد تتعلق بالنظام العام ، ولا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها^(٢) . بل يذهب فريق من الفقهاء في فرنسا إلى بطلان الاتفاقات المتعلقة بقواعد الإثبات كافة ، ليس فحسب القواعد المتعلقة بطرق الإثبات ، بل أيضاً القواعد المتعلقة بتحديد الواقعة المراد إثباتها وبتعيين من من الخصوم يحمل عبء الإثبات^(٣) ، وهي القواعد التي سبق أن قررنا أنها لا تتعلق بالنظام العام . ولكن القضاء الفرنسي يذهب إلى القول بصحة الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات كغيرها التي تتعلق بعبء الإثبات وبالواقعة المراد إثباتها . ولا يستثنى من ذلك إلا الاتفاقات الخاصة بقواعد لا يختلف أحد في أنها متعلقة بالنظام العام ، كالقواعد الخاصة بإثبات الميلاد والوفاة والزواج وإثبات النسب والقواعد الخاصة بوجوب مناقشة الأدلة التي يقدمها الخصوم وبقوة الأوراق الرسمية ونحو ذلك^(٤) . وينهض لتوجيه الرأي الذي يذهب إليه القضاء الفرنسي اعتباران : أولهما أن الأصل في موقف القاضي من الدعوى الحياد كما تقدم القول ، والخصمان هما اللذان يقفان موقفاً إيجابياً ، فلهما أن يسيرا على القواعد التي رسمها القانون للإثبات ، ولكن لاهلها أن يخالفا هذه القواعد باتفاق بينهما إلى قواعد أخرى يريانها أقرب إلى أداء العدالة

(١) انظر في هذه المسألة سسيوريانو (Sescioreano) في الاتفاقات الخاصة بإثبات برامة ذمة المدين ، رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ - ليبال (Le Balle) في الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات في القانون المدني ، رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ - وسنعود إلى معالجة المسألة من ناحية جواز الاتفاق على الإثبات بالبيئة حيث تجب الكتابة أو الاتفاق على الإثبات بالكتابة حيث تجوز البيئة عند الكلام في البيئة والقرائن .

(٢) انظر رسالة سسيوريانو (Sescioreano) المتقدم ذكرها ص ٣٩ .

(٣) انظر رسالة ليبال (Le Balle) المتقدم ذكرها ص ١٣٤ - بيدان وپرو ٩
فقرة ١١٥٣ - فقرة ١١٥٤ .

(٤) بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٥٣ .

وتمحيص الحقائق^(١) . والاعتبار الثاني أن إثبات الحق لا يزيد في الخطر عن الحق ذاته ، وما دام صاحب الحق يستطيع النزول عنه ، فكيف لا يستطيع الاتفاق مع خصمه على طريق معين لإثبات هذا الحق !

ومن ثم فقد حكم القضاء الفرنسي بصحة الاتفاق الخاص بإثبات براءة ذمة الوكيل بطرق أسر من تلك التي رسمها القانون في القواعد العامة للإثبات وفي القواعد الخاصة بعقد الوكالة^(٢) . وحكم أيضاً بجواز الاتفاق على الإثبات بطريق أسر مما قرره القانون ، كالبينة بدلا من الكتابة^(٣) ، أو بطريق أصعب^(٤) ، أو بطريق لم يرسمه القانون^(٥) ، وهذا ما لم يكن هناك اعتبار واضح من النظام العام^(٦) .

أما في مصر فيمكن القول بأن الفقه يذهب إلى أن أكثر قواعد الإثبات لا تعتبر من النظام العام . وكان القضاء ، في ظل القانون القديم ، يميز بين الاتفاق على الإثبات بالكتابة حيث يبيح القانون الإثبات بالبينة ، وهذا اتفاق جائز مستساغ ، وبين الاتفاق على الإثبات بالبينة حيث يحتم القانون الإثبات بالكتابة ، وهذا كان القضاء يجيزه إذا تم بعد وقوع الخصومة ولا يجيزه إذا أبرم مقدماً قبل

(١) أما إذا لم يكن هناك اتفاق خاص ، وخالف القاضى من تلقاء نفسه القواعد التي رسمها القانون في الإثبات وسكت الخصم ولم يعترض ، فلا يعتبر ذلك اتفاقاً بينه وبين خصمه على مخالفة قواعد الإثبات ، بل نزولاً بارادة منفردة عن حق الاعتراض (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٨ ص ٨٥٦ هامش رقم ٣) . وهذا بخلاف ما إذا تطوع أحد الخصمين لحمل عبء إثبات واقعة لم يكن عليه إثباتها وسكت الخصم الآخر ، فقد قدمنا أن هذا يكون بمثابة اتفاق ضمنى على تعديل قواعد عبء الإثبات .

(٢) نقض فرنسي ٩ يناير سنة ١٨٦٥ دالوز ١-٦٥-١٦٠- سريه ٦٥-١-٦٣- حكم آخر في ١٧ يولية سنة ١٨٦٦ دالوز ١-٦٧-٦٧- سريه ٦٦-١-٤٠١ .
(٣) نقض فرنسي أول يونيه سنة ١٨٩٣ سريه ٩٣-١-٢٨٤- حكم ثان في ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٦ سريه ٩٧-١-٣٢٧- حكم ثالث في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ سريه ٢٠-١-١٩٢٢ .

(٤) نقض فرنسي ٨ أغسطس سنة ١٩٠٤ سريه ١٩٠٤-١-٤٨١ .
(٥) نقض فرنسي ٢٠ مارس سنة ١٨٧٦ سريه ٧٧-١-٣٣٨- حكم آخر في ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩١ سريه ٩٥-١-٤٠٢ .
(٦) نقض فرنسي ١٣ نوفمبر سنة ١٨٩١ سريه ٩٥-١-٤٠٧- بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٨ - فقرة ١٤٢٩ ص ٨٥٦- ص ٨٥٩- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٩٥ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٥٥ .

وقوع الخصومة . وسنعود إلى هذه المسألة ببيان أوفى^(١) .

والذى يعنينا هنا أن نبينه هو أنه يمكن القول إجمالاً إن قواعد الإثبات ليست من النظام العام لما سبق ذكره من الاعتبارات التى سقناها فى توجيه القضاء الفرنسى . يوجد حقاً من هذه القواعد ما توحى طبيعته أنه من النظام العام ، كأن تكون الورقة الرسمية حجة على الناس كافة إلى أن يطعن فيها بالتزوير ، وكأن تكون الورقة العرفية حجة على الغير فى تاريخها الثابت ، وكحجية القرائن القانونية القاطعة فى كثير من الأحوال . ولكن أكثر القواعد لا تعتبر من النظام العام ، فيصح الاتفاق على ما يخالفها . ومن ثم يجوز الاتفاق على نقل عبء الإثبات كما قدمنا . ويجوز الاتفاق أيضاً على ألا تكون للرسائل الموقع عليها ولا للبرقيات ولا للدفاتر والأوراق المنزلية قوة الورقة العرفية من حيث الإثبات (م ٣٩٦ و ٣٩٨ مدنى) . ويجوز بوجه عام الاتفاق على عدم إعمال القرائن القانونية البسيطة وهى التى تقبل إثبات العكس . ويجوز أخيراً الاتفاق على أن يكون الإثبات بالكتابة حيث يحجز القانون الإثبات بالبينه ، أو أن يكون الإثبات بالبينه حيث يحتم القانون الإثبات بالكتابة^(٢) ، وهذه هى المسألة التى سنتناولها ببيان واف عند الكلام فى قوة البينة والقرائن فى الإثبات .

(١) وقد قضى كذلك بأنه إذا اشترط المتعاقدان إبعاد اليمين بغير الحال ، فإن الشرط ليس فيه ما يخالف النظام العام ، فهو جائز ، وقد يتردد بعض الناس فى الحلف بسبب العقيدة الدينية أو تأنيب الضمير إذا ما ظهر له الحق بعد الحلف (بنى مزار ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٣٥٩ ص ٨٨٢) . وقضى بأن الاتفاق فى سند المديونية على عدم أحقية المدين فى توجيه اليمين الحاسمة إلى دائئه عن السداد اتفاق جائز قانوناً لعدم مخالفته للنظام العام والآداب (أسبوط الكلية ١٤ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٤٣٧ ص ١٠٤٢) . وأنظر فى أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام ، إلا أن يكون الاتفاق على تعديلها قد جاء فى عقد إذعان حيث يكفل القانون حماية الطرف المذعن الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ص ٢٠ - ص ٢٢ .

(٢) وقد كان التقنين المدنى القديم لا يجيز إثبات عقد الإيجار إلا بالكتابة ، وفى رأينا أنه كان يجوز الاتفاق على جواز الإثبات بالبينه . وتوجب المادة ٦٥٨ من التقنين المدنى الجديد أن يحصل الاتفاق على الزيادة فى أجر المكاوول بالكتابة إذا كان عقد المكاولة قد أبرم بأجر إجمالى على أساس تصميم متفق عليه ، وفى رأينا أنه يجوز الاتفاق فى عقد المكاولة على أن يكون إثبات الاتفاق على زيادة أجر المكاوول بالبينه دون الكتابة .

٦٠ — سلطة محكمة النقض فيما يتعلق بطرق الإثبات : تعيين طرق

الإثبات ، وبيان متى يجوز استعمال كل منها ، وتحديد قوة كل طريق من هذه الطرق ، هذه جميعها مسائل قانون تخضع لرقابة محكمة النقض . ولكن متى قبل القاضي طريق الإثبات الذي رسمه القانون في الوضع الذي أجاز فيه وجعل له قوته المحددة قانوناً ، فإن تقدير مبلغ اقتناع القاضي بالدليل يعتبر من المسائل الموضوعية التي لا تعيب لمحكمة النقض عليها ^(١) . وأخص ما يظهر ذلك في قوة الإقناع التي تستمد من شهادة الشهود ، وفي القرائن القضائية التي يستنبطها القاضي من وقائع الدعوى وظروفها ، ما دام قاضي الموضوع قد بين في حكمه الاعتبارات المعقولة التي أسس عليها الحكم ، ولم يعتمد واقعة بغير سند ، ولم يستخلص من الوقائع نتيجة غير مقبولة عقلاً . فإن بني حكمه على واقعة لا سند لها ، أو استخلص نتيجة غير مقبولة عقلاً ، كان حكمه معيباً وتعين نقضه ^(٢) .

(١) على أن هناك أدلة إذا تقدم بها الخصم ، ولم ينقضها خصمه بإثبات العكس ، تصبح دون محيص مقنعة للقاضي ، وذلك كالأدلة الكتابية وكشهادات الميلاد والوفاة وكالقرائن القانونية القاطعة وكالإقرار وكالتعيين . أما ما عدا ذلك فالقاضي حر في الأخذ به أو في إطرأحه وفقاً لما يقدر من ظروف الدعوى ووقائعها (كولان وكابيتان وموراندير ٢ ص ٧٢٠ — بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢١٩٤ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٦) .

(٢) وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن محكمة الموضوع هي صاحبة الحق في تقدير الدليل الجائر لها الأخذ به دون رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك ، ما دام الدليل الذي تأخذ به مقبولا قانوناً ، وما لم يكن للدليل حجبة معينة حددها القانون ، وبشرط أن تبين في حكمها الاعتبارات المعقولة التي بنت عليها قضاؤها ، فلا تعتمد واقعة بغير سند لها ، ولا تستخلص من الوقائع نتيجة غير مقبولة عقلاً . فإذا بني القاضي حكمه على واقعة استخلصها من مصدر لا وجود له ، أو موجود ولكنه مناقض لما أثبتته ، أو غير مناقض ولكن من المستحيل عقلاً استخلاص تلك الواقعة منه ، كان هذا الحكم معيباً متعيناً نقضه : نقض مدني ٢ يونية سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٩ ص ١٣٢ — ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٧ ص ١٣٨ — ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٢ ص ١٤٢ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٥ ص ١٤٥ تفسير الأحكام التي يستند إليها كتفسير سائر المستندات — أول ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٧ ص ١٤٦ (كالحكم السابق) — ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩٤ ص ١٧٠ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٠ ص ٢٠٦ — ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥١ ص ٢٨٤ (تفسير سند غامض على أنه ثمن قطن باعه المدعي بصفته وكيلاً عن المدعي عليه وسلمه للموكل لا على أنه قرض وأجب الأداء) — ٢٨ ديسمبر = (م ٧ — الوسيط ٢)

ب — تقسيم طرق الإثبات (تفصيلات ضمنية)

٦١ — طرق مباشرة وطرق غير مباشرة : يمكن أن تنقسم طرق الإثبات

إلى طرق مباشرة (preuves directes) وطرق غير مباشرة (preuves indirectes)

فالطرق المباشرة هي التي تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد إثباتها .
وهذه هي الكتابة والبينة . فالكتابة تسجل الواقعة المراد إثباتها بالذات ، سواء

= سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٧ ص ٢٩٢ — اول مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١
رقم ١٦٨ ص ٣٢٨ — ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٥ ص ٨١٥ — ٥ يناير
سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٢ ص ١٠٢٠ — ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١
رقم ٣٦٥ ص ١١١٨ — ٩ يونية سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٨ ص ٣٩٨ (تفسير
الأحكام التي يستند إليها كتفسير سائر السندات) — ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم
١٤٣ ص ٤٢٧ — ١٨ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٣ ص ٥٦٠ — ٢٢ فبراير
سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣٣ رقم ٣ ص ٧٤ — ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٩
ص ٢٦٦ (تفسير الأحكام التي يستند إليها كتفسير سائر السندات) — ٢٧ مارس سنة ١٩٤١
مجموعة عمر ٣ رقم ١١١ ص ٣٣٩ (جواز الاستناد إلى حكم شرعي غير نهائي) — ١٦ أكتوبر
سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٣ ص ٣٨٣ (جواز الأخذ ببعض الشهادة دون بعض) —
٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٧ ص ٤٠٩ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة
عمر ٤ رقم ٩ ص ١٦ (جواز الاستناد إلى أسباب حكم صادر في خصومة أخرى — ١٨ فبراير
سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٧ ص ٥٧ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم
١٦٩ ص ٤٧٨) تقدير المحكمة الاستئنافية لشهادة الشهود على خلاف تقدير المحكمة الابتدائية
(جائز) — ٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٩ ص ٥٨٤ (جواز أن يجمل للمركز
الديني لأحد الشهود وزنه) — ١٠ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢ ص ٤١ —
٧ فبراير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠ ص ١٠١ (جواز الأخذ ببعض الشهادة دون
بعض) — ٢٨ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٦ ص ١٤٣ (جواز الأخذ بشهادة لم
تأخذ بها محكمة جنائية) — ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٨ ص ٢٠٩ (لا حاجة
للرد على ما نظرت به المحكمة من الأدلة) — ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٠
ص ٢١٨ (القاضي حر في عدم الاطمئنان إلى شهادة الشاهد دون إبداء الأسباب) — ٢٨ نوفمبر
سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٥ ص ٢٦٠ (كالحكم السابق) — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦
مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٤ ص ٢٧٩ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٨
ص ٤٠٦ (عدم التقيد بالنتيجة التي يسفر عنها تنفيذ الحكم التمهيدى) — ٦ نوفمبر سنة ١٩٤٧
مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٩ ص ٤٧٧ (جواز الاستناد إلى دفع رسوم الحفر وعوايد الملك قرينة
مؤيدة لما شهد به الشهود على وضع اليد) — ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ =

كانت تصرفاً قانونياً كما هو الغالب أو كانت واقعة قانونية ، فتكون طريقاً مباشراً لإثبات هذه الواقعة . والشهود ، إذا انصببت شهادتهم على صحة الواقعة المراد إثباتها بالذات ، تصرفاً قانونياً كانت أو واقعة قانونية ، يثبتون هذه الواقعة بطريق مباشر . ويلاحظ أن المعاينة والخبرة طريقان مباشران للإثبات ، بل هما الطريقان اللذان يتصلان اتصالاً مادياً مباشراً بالواقعة المراد إثباتها ، ولكنهما من مباحث قانون المرافعات كما قدمنا .

والطرق غير المباشرة هي التي لا تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد إثباتها ، ولكن تستخلص من طريق الاستنباط . وهذه هي القرائن والإقرار واليمين . أما القرائن فقد قدمنا أن الإثبات فيها لا ينصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات ، بل على واقعة أخرى متصلة بها اتصالاً وثيقاً ، بحيث يعتبر إثبات الواقعة الثانية (الواقعة البديلة) إثباتاً للواقعة الأولى (الواقعة الأصلية) استنباطاً . ومن ثم تنطوي القرائن على استبدال (déplacement) محل آخر في الإثبات بالمحل الأصلي . فهي إذن تثبت المحل الأصلي — أي الواقعة المراد إثباتها — بطريق غير مباشر . وكل من الإقرار واليمين لا يعتبر طريقاً مباشراً للإثبات ، فهو وإن تناول

= رقم ٢٥ ص ١٥٤ (جواز اطراح بعض شهادة الشاهد) — ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٨ ص ١٧٦ (جواز اطراح بعض الأدلة اكتفاء بما اقتنعت به المحكمة من الأدلة التي اطمأنت إليها) — ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٨ ص ٢٣٣ — ٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٨٨ ص ٥٧٥ (جواز اطراح بعض شهادة الشاهد) — ٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٢ ص ٥٩٦ (جواز عدم إجابة الطالب إلى طلب التحقيق لإثبات علم المطعون عليه بملكية الطاعن للمبيع ما دامت المحكمة قد اقتنعت من الأوراق المقدمة بما ينفي هذا العلم) — ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٤ ص ٦٨٧ (كالحكم السابق) — ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٠ ص ٨٤٢ (كالحكم السابق) — ٤ يونية سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧٥ ص ١١٠٨ (كالحكم السابق) . انظر أيضاً محكمة الاستئناف الأهلية ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية سنة ٢٥ رقم ٧٧ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز للمحكمة ، إذا رأت وجهاً لذلك ، أن تتخذ من الإجراءات والوقائع الثابتة في قضية أخرى عناصر في تكوين اعتقادها وذلك على سبيل الاستئناس ، من نحو يمين أديت ، أو إقرار صدر ، أو تحقيق أجرى ، أو مستندات قدمت (استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٣٦ — ٢٦ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٦ — ٢٣ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٩ — ٢٧ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٨٥) .

الواقعة المراد إثباتها بالذات ، إلا أن صحة هذه الواقعة لا تستخلص منه مباشرة بل عن طريق الاستنباط . فالإقرار لا يثبت صحة الواقعة المراد إثباتها مباشرة ، بل هو يعنى الخصم من إثباتها ، فتصبح ثابتة بطريق غير مباشر . وكذلك اليمين ، إذ هي احتكام إلى ذمة الخصم ، فان حلف لم يكن هذا معناه أن الواقعة التي حلف عليها هي صحيحة حتماً ، بل تعتبر صحيحة نزولاً على مقتضى الاحتكام ، وإن نكل كان نكوله بمثابة إقرار يعنى خصمه من الاثبات ، ففي حالة الحلف يكون خصمه قد أعفاه من الاثبات ، وفي حالة النكول يكون هو الذى أعفى خصمه ، وفي الحالتين تكون الواقعة المراد إثباتها قد ثبتت بطريق غير مباشر . ولما كان الإعفاء من الإثبات ، سواء فى الإقرار أو فى اليمين ، مقصوراً على الخصمين ، فان حجية الإقرار واليمين حجية قاصرة عليهما غير متعدية إلى الغير . أما حجية القرائن فهي حجية متعدية (١) .

٦٢ - طرق مهياة وطرق غير مهياة : ويمكن أيضاً تقسيم طرق الإثبات إلى طرق مهياة (preuves préconstituées) وطرق غير مهياة (preuves casuelles) .

فالطرق المهياة هي التي أعدها صاحب الشأن مقدماً لإثبات حقه في حالة المنازعة فيه . والطرق المهياة هي عادة الكتابة ، يعدها صاحب الشأن مقدماً لإثبات تصرف قانوني كعقد بيع ، أو لإثبات واقعة قانونية كميلاد أو موت أو ميراث . لذلك تسمى الكتابة في هذه الحالة سنداً (acte) لأنها أعدت لتكون دليلاً يستند إليه عند قيام النزاع .

والطرق غير المهياة هي التي لا تنبأ مقدماً ، بل تنبأ وقت قيام النزاع في الحق المراد إثباته . وكل طرق الإثبات فيما عدا الكتابة تكون عادة طرقاً غير مهياة . فالشهود لا تعد في العادة إلا عند قيام النزاع . والقرائن لا تستخلص من وقائع القضية وظروفها إلا أمام القاضي وهو ينظر الدعوى . وكذلك الإقرار واليمين ، لا يجديان إلا إذا كانا في مجلس القضاء وقت نظر النزاع . أما الإقرار غير القضائي

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٤ — بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٧

ص ٤٢٩ — الدكتور سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٥ .

فان ثبت بالكتابة كانت الكتابة في هذه الحالة دليلاً مهيأً ، وإن ثبت بالبينة فالعبرة بها وهي عادة دليل غير مهيأً^(١) ، وغنى عن البيان أن المعاينة والخبرة دليلان لا يتهيشان إلا بعد قيام النزاع ونظر الدعوى أمام القضاء .

على أن الدليل غير المهيأ قد يصبح دليلاً مهيأً إذا أعده صاحب الشأن مقدماً ، وذلك كالبينة فقد يعد صاحب الحق مقدماً شهوداً على حقه وقت نشوئه ليهيئ الدليل على هذا الحق إذا نوزع فيه . وكذلك الدليل المهيأ قد يصبح دليلاً غير مهيأ إذا لم يعد في الأصل ليكون دليلاً للإثبات ، وذلك كدفاتر التجار فهي قد أعدت أصلاً لضبط معاملات التجار ولكن قد تستخدم عرضاً كدليل للإثبات . ومن ثم لا تسمى الكتابة سنداً (acte) إلا إذا كانت دليلاً مهيأً .

٦٣ - طرق ذات حجية ملزمة وطرق ذات حجية غير ملزمة : ويمكن كذلك تقسيم طرق الإثبات إلى طرق حجيتها ملزمة وطرق حجيتها غير ملزمة .

فالطرق ذات الحجية الملزمة هي الطرق التي حدد القانون مبلغ حجيتها ولم يتركها لمحض تقدير القاضي . وهذه هي الكتابة والاقرار واليمين والقرائن القانونية . وبعض هذه الأدلة حجيتها قاطعة لا تقبل إثبات العكس ، وهي اليمين والقرائن القانونية القاطعة . وبعضها حجيتها غير قاطعة فتقبل إثبات العكس ، وهذه هي الكتابة إذ تقبل الإنكار والطعن بالتزوير ، والاقرار إذ يجوز للمقر أن يثبت أن إقراره غير صحيح ، والقرائن القانونية البسيطة ، إذ يجوز دحضها بإثبات ما يخالفها .

والطرق ذات الحجية غير الملزمة هي البينة والقرائن القضائية . وقد قدمنا أن حجية هذين الطريقين غير ملزمة للقاضي ، فهو حر في تكوين مبلغ اقتناعه بشهادة الشهود وفي استنباط القرائن القضائية من وقائع الدعوى وظروفها ، ولا رقابة عليه لمحكمة النقض في ذلك^(٢) .

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٩٥ — ص ٩٦ والهوامش .

(٢) الدكتور سليمان مرقس في الإثبات ص ٣٥ . وغنى عن البيان أن المعاينة والخبرة دليلان حجيتهما غير ملزمة .

٦٤ - طرق أصلية وطرق تكملية وطرق احتياطية : وتنقسم أيضاً طرق الإثبات إلى طرق أصلية وطرق تكملية وطرق احتياطية .

فالطرق الأصلية هي الأدلة التي تقوم بذاتها دون أن تكون مكملّة لأدلة موجودة . وهي قد تكون كافية وحدها ، كالكتابة وكالبينة والقرائن القضائية في الوقائع القانونية وفي التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على عشرة جنيهات . وقد تكون غير كافية ولا بد من استكمالها بطرق تكملية ، كمبدأ الثبوت بالكتابة فهو طريق أصلي ولكنه غير كاف ولا بد من استكمال بالبيّنة أو بالقرائن القضائية أو بهما معاً (١) .

والطرق التكميلية هي الأدلة التي لا تقوم بذاتها ، بل تكون مكملّة لأدلة موجودة . وذلك كالبيّنة والقرائن القضائية واليمين المتممة ، فهذه يستكمل بها مبدأ الثبوت بالكتابة في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على عشرة جنيهات . ويلاحظ أن البيّنة والقرائن القضائية قد تكون طرقاً أصلية ، وذلك في الوقائع القانونية وفي التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على عشرة جنيهات كما سلف القول ، وقد تكون طرقاً تكملية ، وذلك في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على عشرة جنيهات عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة كما قدمنا . ويلاحظ أيضاً أن البيّنة والقرائن القضائية قد تكون أدلة بدلية لا تكملية ، فتحل محل الكتابة لاتكملها ، وذلك في حالة وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي أو يحول دون تقديمه بعد الحصول عليه . ويلاحظ أخيراً أن اليمين المتممة يستكمل بها لا مبدأ الثبوت بالكتابة فحسب ، بل أيضاً أي دليل أصلي آخر يراه القاضي في حاجة إلى استكمال كالبيّنة والقرائن القضائية في الوقائع القانونية وفي التصرفات القانونية إذا لم تزد قيمتها على عشرة جنيهات .

والطرق الاحتياطية هي الطرق التي يلجأ إليها الخصم عندما يعوزه أي طريق

(١) والمعاينة والخبرة دليلان أصليان ، قد يكتفى بهما القاضي ، وقد يستكملهما بأدلة أخرى . أما القرائن القانونية ، فالقاطعة منها أدلة أصلية كافية ، أو هي طرق تعفى من الإثبات إعفاء نهائياً ، ومن ثم فهي طرق تقوم بذاتها وتكفي وحدها . والقرائن القانونية غير القاطعة أدلة أصلية ولكنها غير كافية ، فهي تعفى من الإثبات إعفاء مؤقتاً إذ تقتصر على نقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر .

آخر . وهذه هي الإقرار واليمين الحاسمة . فاذا عدم الخصم الدليل على دعواه ، لم يبق أمامه إلا أن يلجأ إلى استجواب خصمه عساه يحصل على إقرار منه ، أو أن يوجه إليه اليمين الحاسمة وبذلك يحتكم إلى ضميره . والطرق الاحتياطية قد تسعف في بعض الأحيان وهذا هو القليل النادر ، ولكنها في الكثرة الغالبة من الأحوال تقضى على من لجأ إليها . ولذلك لا يلجأ إليها الخصم إلا في الضرورة القصوى ، عندما تلجئه الحاجة الملحة إليها . وهي في الواقع ليست طرقاً للإثبات ، بل طرقاً للاعفاء من الإثبات كما قدمنا (١) .

٦٥ - طرق ذات قوة مطلقة وطرق ذات قوة محدودة وطرق معفية من الإثبات : وتنقسم أخيراً طرق الإثبات إلى طرق ذات قوة مطلقة وطرق ذات قوة محدودة وطرق معفية من الإثبات :

أما الطرق ذات القوة المطلقة في الإثبات فهي الطرق التي تصلح لإثبات جميع الوقائع ، سواء كانت وقائع مادية أو تصرفات قانونية ، وأياً كانت قيمة الحق المراد إثباته . ولا يوجد من الطرق التي نعالجها ما هو ذو قوة مطلقة في الإثبات على هذا النحو إلا الكتابة ، فهي تصلح لإثبات جميع الوقائع المادية وجميع التصرفات القانونية مهما بلغت قيمة الحق (٢) .

والطرق ذات القوة المحدودة في الإثبات هي الطرق التي تصلح لإثبات بعض الوقائع القانونية دون بعض ، فهي إذن محدودة القوة . وهذه هي البيئة والقرائن القضائية ، إذ هي لا تصلح لإثبات التصرفات القانونية إذا زادت قيمتها على عشرة جنيهات إلا في حالات استثنائية معينة . وكذلك اليمين المتممة طريق للإثبات ذات قوة محدودة فهي لا تصلح إلا لإتمام دليل ناقص .

(١) دى پاچ ٣ ص ٦٩٦ - ص ٦٩٨ - أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٩٥ - ص ٩٦ والهوامش .

(٢) وغنى عن البيان أن المعاينة والخبرة - وهما من مباحث قانون المرافعات كما قدمنا - قوتهما مطلقة في الإثبات ، إذ يصلحان لإثبات جميع الوقائع المادية وجميع التصرفات القانونية ، أياً كانت القيمة .

والطرق المعفية من الاثبات هي الاقرار واليمين الحاسمة والقرائن القانونية ، وقد تقدم بيان ذلك . ولما كانت هذه الطرق تعفى من الاثبات ، فهي تصلح للاعفاء من إثبات أية واقعة مادية أو أى تصرف قانونى مهما بلغت قيمته ؛ فهي من هذه الناحية ذات قوة مطلقة (١) .

وهذا التقسيم هو أهم التقسيمات جميعاً ؛ إذ هو يرتكز على ما لكل طريق من قوة فى الاثبات ، والقوة فى الاثبات هى التى تخضع على كل طريق قيمته وتميزه من الطرق الأخرى . لذلك نتخذ أساساً لاستعراض طرق الاثبات المختلفة فى أبواب ثلاثة :

الباب الأول - فى طرق الاثبات ذات القوة المطلقة : الكتابة .

الباب الثانى - فى طرق الاثبات ذات القوة المحدودة : البيئة والقرائن القضائية (٢) .

الباب الثالث - فى الطرق المعفية من الاثبات : الاقرار واليمين والقرائن القانونية .

(١) دى پاچ ٣ ص ٦٩٦ - ص ٦٩٨ .

(٢) أما اليمين المتممة فنعالجها مع اليمين الحاسمة لاتحاد أكثر القواعد التى تحكم كلا من اليمينين .

البينة الأولى

طرق الإثبات ذات القوة المطلقة

الكتابة

٦٦ - الورقة والسند والتصرف : يقوم لبس في لغة القانون الفرنسية من شأنه أن يخلط ما بين التصرف وأداة إثباته ، فالشيثان يطلق عليهما لفظ واحد ، هو لفظ (acte) . وقد تسرب هذا اللبس إلى لغة القانون العربية ، فأطلق لفظ « العقد » على التصرف ، ثم استعمل اللفظ عينه في أداة إثباته فقبل « عقد رسمي » و « عقد عرفي » وقصد بذلك الورقة الرسمية أو العرفية الورقة التي تعد لإثبات التصرف (١) .

وحتى لا يقوم هذا اللبس نقصر لفظ « العقد » على النوع المعروف من التصرفات القانونية . أما أداة الإثبات فلها لفظان في اللغة العربية : السند والورقة . ولما كان لفظ « الورقة » أعم في المعنى من لفظ « السند » إذ السند معناه كما قدمنا الورقة المعدة للإثبات ، أى الدليل المهيأ (preuve préconstituée) ، فالأولى أن نقف عند لفظ « الورقة » ، فنستعمل هذا اللفظ في الأدلة الكتابية جميعاً ، سواء أعدت للإثبات أو لم تكن معدة . ونقول « الورقة الرسمية » و « الورقة العرفية » ، قاصدين بذلك الدليل الكتابي الذي يثبت به التصرف ولو لم يكن معداً للإثبات ، كالرسائل والبرقيات والدفاتر التجارية . و الفرق ما بين التصرف والورقة المثبتة له ، فقد يكون التصرف صحيحاً والورقة باطلة ، وعلى

(١) وقد اقترح الأستاذان أوبري ورو (جزء ١٢ فقرة ٧٥٤ ص ١٥٥ هامش رقم ٢) ، حتى يرتفع هذا اللبس ما بين التصرف ذاته (negotium) وأداة الإثبات (instrumentum) ، تسمية أداة الإثبات باللفظ الآتي : (acte instrumentaire)

العكس من ذلك قد يكون التصرف باطلا والورقة صحيحة (١) .

٦٧ - أنواع الأوراق وقوتها في الإثبات : والأوراق - كأداة

للإثبات - قسمان : (١) أوراق رسمية (actes authentiques) ، ويقوم بتحريرها موظف عام مختص وفقاً لأوضاع مقررة . وهي كثيرة متنوعة : منها الأوراق الرسمية المدنية كتلك التي تثبت العقود والتصرفات المدنية ، ومنها الأوراق الرسمية العامة كالقرارات الإدارية والقوانين والمعاهدات ، ومنها الأوراق الرسمية القضائية كمراض الدعوى وأوراق المحضرين ومحاضر الجلسات والأحكام - (٢) أوراق عرفية (actes sous seing privé) ، ويقوم بتحريرها الأفراد فيما بينهم . وهي نوعان : (١) أوراق معدة للإثبات كالأوراق المعدة للإثبات التصرفات القانونية من بيع وإيجار ونحوهما وتسمى أيضاً « بالسندات » (ب) وأوراق غير معدة للإثبات كدفاتر التجار والدفاتر والأوراق المنزلية والرسائل والبرقيات .

والكثرة الغالبة من الأوراق الرسمية والعرفية هي « سندات » أو أوراق معدة للإثبات ، فهي دليل مهياً (preuve préconstituée) ، وقد تقدم ذكر ذلك (٢) . والأصل أن الورقة التي تعد لإثبات تصرف تكتب عقب إبرام هذا التصرف ، فالمتبايعان مثلاً يبرمان عقد البيع فيما بينهما ثم يعدان ورقة لإثباته . ولكن يقع كثيراً أن المتعاقدين يبرمان العقد وقت كتابة الورقة والتوقيع عليها ، ولا يعتبر العقد قد تم إلا بالتوقيع . بل ليس ما يمنع أن تكتب ورقة إعداد

(١) الدكتور سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٣٥ - بلانيول وريبير وجابولد جزء ٧ فقرة ١٤٣٤ - وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (م ٥٢٧ من هذا المشروع) في هذا الصدد ما يأتي : « تصرف عبارة السند تارة إلى الواقعة القانونية ، أى العمل أو التصرف القانوني ، وطوراً إلى أداة الإثبات ، أى إلى الورقة التي يجري الإثبات بمقتضاها . وقد رؤى استعمال عبارة الورقة الرسمية للتمييز بين مصدر الحق أو الالتزام وبين أداة إثباته » . (مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٥٢) .

(٢) وأكثر ما تعد الأوراق لإثبات التصرفات القانونية (actes juridiques) . وقل أن تعد لإثبات الوقائع المادية (faits matériels) ، ويقع ذلك عادة في الشهادات التي تعد لإثبات الميلاد والوفاة وفي اعلامات الوراثة وفي المحاضر التي تعد لإثبات الحالة (بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢١٩٦) .

لإثبات تصرف لم يتم إبرامه ، فلا يعتبر العقد في هذه الحالة قد أبرم بمجرد كتابة الورقة ولو وقعت . وقد قضت محكمة استئناف أسيوط في هذا المعنى بأن « التعاقد لا يعتبر تاماً ملزماً بمجرد تدوين نصوصه كتابة ولو حصل التوقيع عليها ، بل إنه لا بد من قيام الدليل على تلاقى إرادة المتعاقدين على قيام الالتزام ونفاذه ، وهذا ما يقتضى تسليم السند المثبت له لصاحب الحق فيه ، بحيث لو تبين أنه لم يسلم إليه مطلقاً لما صلح هذا الالتزام ، كما أنه إذا تبين أنه قد تحرر مكتوب بالتعاقد ولكنه سلم لأمين فانه يتعين البحث في ظروف وشروط تسليم ذلك المكتوب للأمين» (١) .

والأوراق - رسمية كانت أو عرفية - لها حجية في الإثبات يحددها القانون ، وهي تتفاوت قوة و ضعفا . وأقوى الأوراق في الإثبات هي الأوراق الرسمية . فهي حجة على الناس كافة على الوجه الذى سنينه فيما بعد . أما الأوراق العرفية المعدة للإثبات فقوتها أقل من قوة الأوراق الرسمية ، إذ هي لا تنهض حجة إذا أنكرها من صدرت منه ، وعند ذلك يرسم القانون إجراءات معينة لتحقيق صحة صدورها (٢) . وسنعود إلى هذه المسألة في موضعها ببيان أوفى . والأوراق العرفية غير المعدة للإثبات لا يكون لها من الحجية إلا القدر الذى يعينه القانون ، كما هو الأمر في شأن الرسائل والبرقيات ودفاتر التجار .

وحجية الأوراق - رسمية كانت أو عرفية - لا تقتصر على ما تثبته هذه الأوراق عن طريق التقرير (disposition) ، بل تتناول أيضاً ما تثبته عن طريق الاخبار (énonciation) إذا اتصل اتصالاً مباشراً بما تثبته عن طريق التقرير . وفي هذا المعنى تنص المادة ١٣٢٠ من التقنين المدنى الفرنسى على ما يأتى : « تكون الورقة - رسمية كانت أو عرفية - حجة على الطرفين حتى فيما لم تذكره إلا على سبيل الاخبار ، ما دام الاخبار متصلاً اتصالاً مباشراً بما ذكر على سبيل التقرير . أما إذا كان الاخبار أجنياً عن التقرير ، فلا يصلح إلا مبدأً ثبوت

(١) استئناف أسيوط ٣ يولية سنة ١٩٤٨ المحامة ٢٨ رقم ٨٠٥ ص ٢٧٣ .

(٢) ويجوز أن تصلح الورقة العرفية حجة للغير ، لا لإثبات واقعة مادية فحسب ، بل أيضاً لإثبات تصرف قانونى ، كما إذا حصر الورثة فيما بينهم التركة بمقتضى محضر عرفى وأوردوا فيه ديوناً للتركة ذكروا أنها قد دفعت ، فهذا المحضر يصلح 'يلاً للمدنى التركة وهم من الغير على أنهم وفوا ديونهم (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٣٦ ص ٨٦٨ هامش رقم ١) .

بالكتابة»^(١). والورقة المعدة للإثبات إنما أعدت أصلاً لتثبت ما قرره الطرفان من بيع أو إيجار أو وفاء أو تجديد أو غير ذلك من التصرفات القانونية ، وهذا هو ما تثبته الورقة عن طريق التقرير . ثم إنه قد يرد في الورقة ذكر لبعض الوقائع ليست هي التي أعدت الورقة أصلاً لإثباتها ، ولكنها تتصل بها ، وقد ذكرت على سبيل التمهيد والإيضاح . وتأتى الأستاذة بلانيول وريبير وجابولد^(٢) بمثلين لما يذكر في الورقة على سبيل الأخبار : (١) ورقة أعدت لإثبات دين قديم ، وذكر فيها على سبيل الأخبار أن فوائد هذا الدين مدفوعة إلى يوم تحرير الورقة . فهذا الخبر له صلة مباشرة بالدين الذي أعدت الورقة لإثباته على سبيل التقرير ، ومن ثم يكون للإخبار هنا حجية كاملة ، فهو دليل كتابي على الوفاء بفوائد الدين إلى اليوم الذي حررت فيه الورقة . (٢) ورقة أعدت لتجديد مرتب (rente) عن طريق تغيير المدين ، فذكر فيها على سبيل الأخبار أن المدين الجديد يتعهد بدفع المرتب مستقبلاً (pour l'avenir) ، فهذا الخبر صلته بالمرتب قبل التجديد صلة غير مباشرة ، ولا يصلح دليلاً كاملاً على أن الحال من أقساط المرتب حتى يوم تحرير الورقة قد دفعه المدين القديم كاملاً لمجرد أن المدين الجديد قد تعهد بدفع المرتب مستقبلاً ، ومن ثم لا يكون الإخبار هنا إلا مبدأً ثبوت بالكتابة يجب استكمالها بالبيئة أو بالقرائن .

٦٨ — الفروق ما بين الورقة الرسمية والورقة العرفية : وقبل أن

نفصل الكلام في الورقة الرسمية والورقة العرفية ، نورد هنا أبرز ما بينهما من فروق . فالورقة الرسمية تختلف عن الورقة العرفية من ناحية الشكل ومن ناحية

(١) وهذا هو النص في أصله الفرنسي : "L'acte, soit authentique soit sous seing privé, fait foi entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs pourvu que l'énonciation ait un rapport direct avec la disposition. Les énonciations étrangères à la disposition ne peuvent servir que de commencement de preuve".

(٢) الجزء السابع فقرة ١٤٣٥ - ويورد الأستاذان أوبري ورو (١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٧٧) مثلاً : مدين بإيراد مؤبد يقر بهذا الإيراد في ورقة رسمية ، ويذكر في الورقة عبارة إخبارية مؤداها أن الإيراد قد نقص بسبب دفع جزء من رأس المال أو أن أقساط الإيراد السابقة قد دفعت جميعها إلى تاريخ معين ، فهذه العبارة الإخبارية تتصل اتصالاً مباشراً بموضوع الإقرار فتكون لها الحجية إلى حد الطعن بالتزوير .

الحجية في الإثبات ومن ناحية القوة في التنفيذ .

١ - فمن ناحية الشكل : يشترط في الورقة الرسمية أن يقوم بتحريرها موظف عام مختص وفقاً لأوضاع مقررة . أما الورقة العرفية فالشرط الوحيد لصحتها هو توقيع المدين ، هذا إذا كانت معدة للإثبات ، أما إذا لم تكن معدة فلا ضرورة حتى لهذا التوقيع .

٢ - ومن ناحية الحجية في الإثبات : كل من الورقة الرسمية والورقة العرفية حجة على الكافة (أولاً) من حيث صدورهما من موقعها . ولكن الورقة الرسمية لا تسقط حجيتها هنا إلا من طريق الطعن بالتزوير ، أما الورقة العرفية فيكفي فيها إنكار الخط أو التوقيع . (ثانياً) من حيث صحة ما ورد فيها . ولكن الورقة الرسمية حجة إلى حد الطعن بالتزوير فيما ورد على لسان الموظف العام أنه علمه بنفسه ، أما صحة ما قرره رواية عن الغير فيجوز دحضها بإثبات العكس وفقاً للقواعد المقررة ، وتاريخ الورقة الرسمية يعتبر صحيحاً إلى حد الطعن بالتزوير . والورقة العرفية يجوز دحض صحة ما ورد فيها جميعاً بإثبات العكس ، لا فرق في ذلك بين ما قرر موقعها أنه علمه بنفسه وما قرره رواية عن الغير ، وتاريخ الورقة العرفية يكون حجة على موقعها ولكنه لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان تاريخاً ثابتاً .

٣ - ومن ناحية القوة في التنفيذ : الورقة الرسمية يمكن التنفيذ بها مباشرة دون حاجة إلى حكم ، ويكون ذلك بالصورة التنفيذية للورقة^(١) . فيستطيع البائع مثلاً أن ينفذ بالثمن بموجب الصورة التنفيذية للبيع الرسمي ، كما يستطيع المشتري أن ينفذ بحقه في تسلّم المبيع . ولا يجوز الشروع في التنفيذ قبل إعلان الورقة الرسمية إلى الخصم ، ويشتمل الإعلان على تكليف المدين بالوفاء وبيان

(١) أما الأوراق الرسمية الموثقة في المحاكم الشرعية - الإشهادات - فهذه تضع عليها المحاكم الوطنية الصيغة التنفيذية لخلو المحاكم الشرعية من أقلام محضرين للتنفيذ ، ولذلك يقوم بتنفيذها محضرو المحاكم الوطنية . وعندما كانت المحاكم المختلطة قائمة ، كانت الصيغة التنفيذية تطلب من المحكمة المختلطة ويقوم بالتنفيذ محضر من هذه المحكمة إذا كان أحد ذوى الشأن في الورقة الرسمية أجنبياً .

أما في نظام التوثيق الجديد ، فقد جعل قانون التوثيق (م ٢ ثالثاً) وضع الصيغة التنفيذية من اختصاص مكاتب التوثيق .

المطلوب منه (م ٤٦٠ مرافعات) . وهذا هو تنبيه بالوفاء (commandement) لا مجرد إنذار (sommation) . وينبنى على ذلك أن للمدين أن يعارض في هذا التنبيه ، وأن يتقدم بوجه الطعن التي يتمسك بها إلى المحكمة المختصة . وإذا بدىء في تنفيذ الورقة الرسمية جاز للمدين رفع إشكال في التنفيذ لوقفه ، ويكون ذلك أمام محكمة الموضوع (م ٤٧٩ مرافعات) . أما الورقة العرفية فليست لها ، على خلاف الورقة الرسمية ، قوة تنفيذية . فإذا كان سند الدين ورقة عرفية ورفض المدين تنفيذ التزاماته طوعاً ، فإنه لا يمكن إجباره على التنفيذ حتى لو كان معترفاً بالورقة ، إلا إذا حصل الدائن على حكم قابل للتنفيذ ، والحكم لا الورقة هو الذى ينفذ^(١) . وتفصيل القول في الأوراق من ناحية القوة في التنفيذ هو من مباحث قانون المرافعات .

وننتقل الآن إلى تفصيل البحث في الأوراق الرسمية ثم في الأوراق العرفية على التعاقب .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٤٢ ص ٦٧٤ .

الفصل الأول

الأوراق الرسمية

٦٩ — **نামيناه** : تتناول تفصيل البحث في الأوراق الرسمية من ناحيتين :

(أولا) من ناحية شروط صحتها .

(ثانياً) من ناحية حجيتها في الإثبات .

الفرع الأول

الشروط الواجب توافرها لصحة الورقة الرسمية

٧٠ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٣٩٠ من التقنين المدني على

ما يأتي :

« ١ — الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه » .

« ٢ — فاذا لم تكسب هذه الورقة صفة الرسمية ، فلا يكون لها إلا قيمة الورقة العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بامضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم^(١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٢٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« ١ — الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام ، طبقاً للأوضاع القانونية ، وفي حدود سلطته واختصاصه ، ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن . ٢ — فاذا لم تستوف هذه الورقة الشروط الواردة في الفقرة السابقة ، فلا يكون لها إلا قيمة الورقة العرفية ، بشرط أن يكون قد وقع عليها ذوو الشأن جميعاً بامضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم » . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً فجاء على وجه مطابق لما ورد في التقنين الجديد ، وأصبح المادة ٤٠٣ من المشروع =

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٢٦/٢٩١ (١).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البيئات السوري المادة ٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٥٠ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادتين ١٥٤ و ١٥٥ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٧٧ (٣) -

= النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٤٠٣ . وكذلك فعلت لجنة مجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٣٩٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥١ - ص ٣٥٤) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتى : «... ويراعى أن الورقة الرسمية لا تكون على الدوام من صنع المتعاقدين أنفسهم ، فقد يتولى الموظف العام تحريرها وتوثيقها دون أن يقتصر عمله على تلقيها . وقد عرضت المادة ١٩٠٥ من التقنين الهولندى والمادة ٢٤٢٢ من التقنين البرتغالى والمادة ١٢٠٧ من التقنين الكندى لهذا التفصيل . بيد أن المشروع لم يرحل لإرادته . وتتناول الفقرة الأولى من المادة ٥٢٧ بيان الشرطين الواجب توافرها في الورقة الرسمية . ويراعى أن هذين الشرطين هما قوام ما شرع القانون من ضمانات هي مرجع ما يتوافر لتلك الورقة من حجية بالغة في الإثبات ، وعلة إيكال أمرها إلى موظف عام يثبت له القانون سلطة واختصاصاً في هذا الشأن ، سواء من الناحية النوعية أم من الناحية المكانية ولما كانت صحة الدليل غير منفكة عن صحة التصرف نفسه أن اشترط للرضا فيه شكل خاص ، فغنى عن البيان أن هذه الفقرة لا تنطبق على التصرفات التي تشترط فيها الرسمية بوصفها ركناً من أركان الشكل » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٢ - ٣٥٣) .

(١) كانت المادة ٢٢٦/٢٩١ من التقنين المدني القديم تنص على ما يأتى : « المحررات الرسمية ، أى التي تحررت بمعرفة المأمورين المختصين بذلك ، تكون حجة على أى شخص ما لم يحصل الادعاء بتزوير ما هو مدون بها بمعرفة المأمور المحررها » . وقد جمع هذا النص بين شروط الورقة الرسمية وحجيتها في الإثبات . فجاء قاصراً في الناحيتين : (١) فن ناحية الشروط ، جاء النص قاصراً من حيث إنه أغفل شرط وجوب مراعاة الأوضاع المقررة قانوناً ، ومن حيث إنه لم يبين أن اختصاص الموظف العام هو اختصاص نوعى (وهذا ما عبر عنه التقنين الجديد بالسلطة) واختصاص مكافئ ، بل أطلق لفظ « المختصين » على كلا النوعين من الاختصاص . (٢) ومن ناحية الحجية في الإثبات ، لم يميز النص - كما ميزت المادة ٣٩١ من التقنين المدني الجديد - بين ما يكون حجة إلى حد الطعن بالتزوير وما يجوز دحضه بأثبات عكسه . وسيأتى بيان ذلك فيما يلى .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى - قانون البيئات السوري م ٥ : ١ - الأسناد الرسمية

هى التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ، طبقاً للأوضاع القانونية ، وفى حدود سلطته واختصاصه ، ما تم على يديه أو ما تلقاه من أولى الشأن . ٢ - فإذا لم تستوف هذه الأسناد الشروط الواردة فى الفقرة السابقة ، فلا يكون لها إلا قيمة الاسناد العادية ، بشرط أن يكون ذوو الشأن قد وقعوا عليها بتواقيعهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم . =

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادتين ١٣١٧ و ١٣١٨ (١) .

= التقنين المدني العراقي م ٤٥٠ : ١ - السندات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ماتم على يديه أو تلقاه من ذوى الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه . ٢ - فإذا لم يكتسب السند صفة رسمية ، فلا يكون له إلا قيمة السند العادى متى كان ذوى الشأن قد وقعوه بامضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٥٤ : ١ - « السند الرسمى هو مخطوطة ثبوتية صادرة عن مأمور رسمى ذى صلاحية ، وموضوعة وفقاً للقواعد المقررة . أما إطلاق الصفة الرسمية على السند أو عدم إطلاقها عليه فيخضع لقانون المحل الذى أنشئ فيه السند » - م ١٥٥ : « إن السند الرسمى المنشأ خلافاً لقواعد الاستاد الرسمية لوجود عيب فى شكله أو لعدم صلاحية المأمور الرسمى ، يعد كسند ذى توقيع خاص إذا كان محتوياً على توابع جميع المتعاقدين ذوى الشأن وإن لم تراعى فيه القواعد المنصوص عليها فى المادتين ١٤٦ و ١٤٧ .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٣٧٧ : ١ - الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة ماتم على يديه أو ماتلقاه من ذوى الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه ٢ - فإذا لم تكسب هذه الورقة صفة الرسمية ، فلا يكون لها إلا قيمة الورقة العرفية متى كان ذوى الشأن قد وقعوها بامضاءاتهم أو ببصمات أصابعهم . وينبغى لإثبات صحة بصمة الأصبع أن توضع بحضور شاهدين يوقعان على الورقة .

ويلاحظ أن نصوص التقنينات المدنية العربية تكاد تكون متفقة ، حتى فى اللفظ ، مع نص التقنين المدنى المصرى . فأحكامها جميعاً واحدة . إلا أن التقنين اللبناني ، وهو يشترط فى المادتين ١٤٦ و ١٤٧ تعدد النسخ الأصلية فى العقود الملزمة للجانبين ووضع عبارة (صالح لأجل) فى العقود الملزمة لجانب واحد على غرار التقنين المدنى الفرنسى ، يميز تبعاً لذلك فى السند الرسمى الباطل ما إذا كان البطلان راجعاً لوجود عيب فى الشكل أو لانعدام الاختصاص المكانى فيصلح سنداً عرفياً إذا كان موقعاً عليه ، أو كان البطلان راجعاً لغير ذلك من الأسباب فلا يصلح سنداً عرفياً . وسأبقى تفصيل ذلك فى مكانه . كما يلاحظ أن التقنين الليبى يشترط لإثبات صحة بصمة الأصبع أن توضع بحضور شاهدين يوقعان على الورقة ، ويشترط هذا الشرط فى الورقة الرسمية ، دون الورقة العرفية (انظر المادة ٣٨١ لىبى) . ثم ان التقنين الليبى لا يعتد بالخطم كما تعتد به التقنينات العربية الأخرى .

(١) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣١٧ : ١ - الورقة الرسمية هي التي تلقاها ، وفقاً للأوضاع الشكلية المطلوبة ، موظف عام له حق التوثيق فى الجهة التي كتبت فيها الورقة . م ١٣١٨ : « الورقة التي لم تكسب صفة الرسمية بسبب عدم اختصاص الموظف العام أو عدم أهليته أو لعيب فى الشكل ، تكون لها قيمة الورقة العرفية إذا كانت موقعة من الطرفين » . وهذه هي نصوص التقنين المدنى الفرنسى فى أصلها الفرنسى :

Art. 1317 : L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, avec les solennités requises. Art. 1318 : L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties.

ويتبين من نص المادة ٣٩٠ من التقنين المدني المصري أن هناك شروطاً ثلاثة يجب توافرها لتكون الورقة الرسمية صحيحة (١) .

(أولاً) أن يقوم بكتابة الورقة أو بتلقيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة .

(ثانياً) أن يكون هذا الموظف أو الشخص مختصاً من حيث الموضوع (في حدود سلطته) ومن حيث المكان (في اختصاصه) .

(ثالثاً) أن يراعى في توثيق الورقة الأوضاع التي قررها القانون (٢) .

ونتناول بالبحث كلا من هذه الشروط الثلاثة ، ثم نبحث جزاء الإخلال بأي منها .

المبحث الأول

صدور الورقة الرسمية من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة

٧١ - كيف تصدر الورقة الرسمية ونوعها البيانات التي تتضمنها :

تقول المادة ٣٩٠ ان الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن . وترجمت هذه

(١) جاء في الموجز للمؤلف ما يأتي : « ونلاحظ من الآن أن هناك فرقاً بين الورقة الرسمية ، وهي الورقة التي تتوافر فيها الشروط الثلاثة المتقدمة ، والورقة المسجلة ، وهي ورقة أعلنت للناس من طريق حفظها في سجل خاص وإعطاء صور منها لمن يريد الاطلاع عليها طبقاً للأوضاع المقررة . وينبغي ألا تخلط الرسمية بالتسجيل . فالرسمية لاستيفاء الشكل أو للزيادة في قوة الإثبات . أما التسجيل فلإعلان والشهر . وقد تكون هناك ورقة رسمية غير مسجلة كتوكيل رسمي ، كما قد تكون هناك ورقة عرفية مسجلة كعقد بيع عرفي مسجل . والرسمية لا تغني عن التسجيل ، فإذا كتب عقد البيع في ورقة رسمية ، فلا بد من تسجيله أيضاً حتى ينقل الملكية » . (الموجز ص ٦٥٦ هامش رقم ١) .

(٢) وتضيف الأساتذة بلانيول وريبير وجابولد إلى هذه الشروط شرطين آخرين : (أ) أن يكون الموظف العام ، وهو يكتب الورقة الرسمية ، له حق مباشرة وظيفته ، فلا يجوز أن يكون معزولاً أو موقوفاً أو أن يكون قد حل أحد محله . وهذا الشرط مفهوم بداهة من « صفة الموظف العام » . (ب) أن يكون الموظف العام أهلاً ، ويكون غير أهل إذا كانت له مصلحة شخصية في الورقة . وهذا أيضاً شرط مفهوم ضمناً ويدخل في شروط « الموظف العام » (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٣٧ ص ٨٦٩) .

العبارة الأخيرة ، في الترجمة الفرنسية التي قامت بها وزارة العدل للتقنين المدني الجديد ، على الوجه الآتي :

“... constate... des faits qui ont eu lieu en sa présence ou des déclarations à lui faites par les intéressés”.

ومعناها : « ... يثبت ... الوقائع التي حدثت في حضوره والأقوال التي أقيمت إليه من ذوى الشأن » .

فالورقة الرسمية يكون صدورها إذن من الموظف العام بأن يكون هو الذى يحريها . وليس من الضروري أن تكون مكتوبة بخطه ، بل يكفى أن يكون تحريرها صادراً باسمه . ويجب على كل حال أن يوقعها بامضائه .

ويثبت فيها نوعين من البيانات : (١) ما تم على يديه . أى أنه يثبت فى الورقة الرسمية جميع الوقائع التى وقعت تحت نظره وبمشهد منه خاصة بالتصرف الذى يوثقه . فيثبت حضور ذوى الشأن ، وما قام به كل منهم كأن يكون المشتري مثلاً سلم الثمن كله أو بعضه للبائع أمام الموثق ، وحضور الشهود أمامه مع ذكرهم بأسمائهم ، وتاريخ تحرير الورقة الرسمية ، وتلاوته الصيغة الكاملة للورقة ومرفقاتها مع بيان الأثر القانونى المترتب عليها ، وقيام ذوى الشأن والشهود بتوقيعها ، وغير ذلك من الوقائع التى تمت بمحضر منه وتحت بصره . (٢) ما تلقاه من ذوى الشأن من أقوال وبيانات وتقريرات فى شأن التصرف القانونى الذى تشهد به الورقة ، أى ما وقع تحت سمعه . فالبائع مثلاً قرر أنه باع عيناً بمحدود معينة بثمن معين وتعهده بالتزامات معينة ، وقرر المشتري أنه قبل شراء هذه العين بهذا الثمن وأنه من جهته تعهد بالتزامات معينة ، وهكذا .

وسنرى فيما يلى أن التمييز بين هذين النوعين من البيانات — ما وقع تحت بصره وما وقع تحت سمعه — له أهمية كبيرة من ناحية حجية الورقة الرسمية ، فالنوع الأول له حجية مطلقة إلى حد الطعن بالتزوير ، والنوع الثانى يجوز دحض وصحته باثبات العكس .

٧٢ — موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة : والموظف العام

هو شخص عينته الدولة للقيام بعمل من أعمالها ، سواء أجرته على هذا العمل كالموثق ، أو لم تؤجره كالعمدة .

ويتنوع الموظفون العامون بتنوع الأوراق الرسمية . فالموظف الذى يقوم بتحرير التصرفات هو المأمور الرسمى أو الموثق ، والموظف الذى يقوم بكتابة الأحكام هو القاضى ، والموظف الذى يثبت ما يدور فى جلسة القضاء من إجراءات ومرافعات هو كاتب الجلسة ، والموظف الذى يقوم باعلان أوراق المرافعات المختلفة وتنفيذ الأحكام والأوراق الرسمية هو المحضر .

ويبقى الموظف عاماً حتى لو كان يعمل فى إدارة حكومية يقوم عادة بعملها الشركات فى البلاد الأخرى ، كمصلحة السكك الحديدية ومصلحة البريد . ويترتب على ذلك أن أوراق النقل الخاصة بمصلحة السكك الحديدية وحوالات البريد تعتبر أوراقاً رسمية ، ويكون التزوير فيها جنابة لا جنحة . وكذلك حال الموظفين الذين يعملون فى إدارة الأموال الخاصة للدولة (مصلحة الأملاك) ، فتعتبر الأوراق التى يكتبونها أوراقاً رسمية . وموظفو وزارة الأوقاف والأشخاص المعنوية العامة الأخرى كالجوامع ودار الكتب ومجالس المديرية والمجالس البلدية والقروية ، كل هؤلاء يعتبرون موظفين عامين .

وليس من الضرورى أن يكون من تصدر منه الورقة الرسمية موظفاً عاماً ، بل يكفى أن يكون مكلفاً بخدمة عامة ، وهذا تعديل فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد أجرته لجنة المراجعة . فالمأذون يقوم بتحرير عقود الزواج وإشهادات الطلاق . والخبير يقوم بتحرير محضر بأعماله وتقرير يقدمه عن المهمة التى انتدب لها ، وكذلك القسيس فيما يتعلق بزواج المسيحيين ، وقضاة المجالس المالية وكتبها فيما يتعلق بأحكام هذه المجالس وبمحاضر جلساتها . وهؤلاء ليسوا موظفين عامين ، ولكنهم أشخاص مكلفون بخدمة عامة .

٧٣ - الموظفون العامون الذين كانوا يقومون بالتوثيق قبل النظام

الحالى : أنشئ النظام الحالى للتوثيق فى مصر بمقتضى قانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ ، وعمل به من أول يناير سنة ١٩٤٨ . وقبل أن نبسط أحكام هذا القانون ، نذكر فى إيجاز من هم الموظفون العامون الذين كانوا يقومون بالتوثيق فى مصر قبل النظام الحالى ، أى إلى آخر شهر ديسمبر سنة ١٩٤٧ . كان المنوط به القيام بتوثيق العقود والأوراق الرسمية فى مصر جهات ثلاثاً :

(١) كتاب المحاكم المختلطة الكلية : وكانوا يعتبرون بمثابة موثقين للعقود ويسمون (greffiers-notaires) فيوثقون جميع أنواع التصرفات . ويستوى أن يكون أصحاب الشأن من المصريين أو الأجانب ، إذ كان اختصاص المحاكم المختلطة يمتد إلى الفريقين . والصيغة التنفيذية التي كان قلم كتاب المحكمة المختلطة يضعها على الورقة الرسمية يجعلها صالحة للتنفيذ على المصريين والأجانب جميعاً . فإذا كان التنفيذ على مصريين قام به محضر من المحاكم الوطنية . وإن وجد صالح أجنبي قام بالتنفيذ محضر من المحاكم المختلطة .

(٢) قضاة المحاكم الشرعية أو من يحيل هؤلاء القضاة عليه التوثيق من كتاب هذه المحاكم : والأوراق الرسمية التي كانت المحاكم الشرعية توثقها تسمى «إشهادات» ، وهي العقود والتصرفات التي تقرها الشريعة الإسلامية ، سواء كانت تتعلق بالأحوال الشخصية كالوصية والهبة والوقف - أما إشهادات الزواج والطلاق فكانت ولا تزال من اختصاص المأذونين الشرعيين - أو كانت تتعلق بالمعاملات المالية كالبيع والقسمة والوكالة . ويستوى هنا أيضاً أن يكون أصحاب الشأن من المصريين أو من الأجانب . ولم تكن المحاكم الشرعية تضع الصيغة التنفيذية على ما توثقه من إشهادات إذ لم يكن بها محضرون للتنفيذ . وكانت الجهة التي تضع الصيغة التنفيذية على إشهادات المحاكم الشرعية هي المحاكم الوطنية إذا كان ذوو الشأن جميعاً مصريين ، ويقوم بالتنفيذ محضر من هذه المحاكم . أما إذا كان بين ذوي الشأن أجنبي ، فالجهة التي كانت تضع الصيغة التنفيذية هي المحاكم المختلطة ، ويقوم بالتنفيذ محضر منها . ولا يزال ، حتى بعد نفاذ النظام الجديد ، للمحاكم الشرعية اختصاص في التوثيق سند كره فيما يلي .

(٣) كانت المادة ٤٧ من اللائحة القديمة لترتيب المحاكم الأهلية تنص على أنه « يلزم أن يكون بطرف كتابة المحاكم الابتدائية دفاتر للرهنات والتسجيل والقيود ، ويجب عليهم تحرير كافة العقود والمشارطات ، وتكون العقود التي يحررونها في قوة العقود الرسمية ، ويحفظ أصلها بقلم كتاب المحكمة » . ولكن هذا النص لم يعمل به ، وبقي معطلاً إلى أن دخل النظام الجديد للتوثيق . ولم يعين بالمحاكم الأهلية موظفون للتوثيق ولم تنظم له سجلات ، فيما عدا بعض المسائل الخاصة بقبول الإقرارات الرسمية وحق الاختصاص والشفعة . وقد جرى العمل على

توثيق أكثر التصرفات في المحاكم المختلطة ، وتوثيق بعضها لا سيما الوقف في المحاكم الشرعية .

٧٤ - الموظفون العامون الذين يقومون بالتوثيق في النظام

الحالي : ظهر في العمل عيوب تعدد جهات التوثيق على النحو الذي أسلفناه . فصدر قانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ ، بتاريخ ٢٩ يونية سنة ١٩٤٧ (الوقائع المصرية عدد ٣ يوليه سنة ١٩٤٧) ، والمعمول به من أول يناير سنة ١٩٤٨ ، يوحد جهات التوثيق ويعيد تنظيمه . وتقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون : « وإذا كانت هذه الحالة ^(١) لم تعد موافقة لظروف العصر ، فقد اتجه الرأي من زمن إلى وضع نظام ثابت للتوثيق تتوحد به جهاته وتنظم شؤونه على وجه يكفل تحقيق الطمأنينة التامة على الحقوق واستقرار المعاملات » .

وقد قضى قانون التوثيق ولائحته التنفيذية بتوحيد جميع جهات التوثيق في جهة واحدة ، ليست هي أياً من المحاكم المتقدمة الذكر ، بل هي مكاتب مستقلة ^(٢) تتولى توثيق المحررات التي يقضى القانون بأن يطلب المتعاقدون توثيقها .

(١) أى حال تعدد جهات التوثيق . وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق تمهيداً لهذه الإشارة ما يأتى : « ولم يغب عن المشرع المصرى ما للتوثيق من عظيم الأثر في تثبيت المعاملات ، فقد نص في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة في سنة ١٨٨٠ على توثيق جميع الإشهاديات كما نص على ذلك في اللوائح التالية التي صدرت في سنى ١٨٩٧ و ١٩١٠ و ١٩٣١ . ولما أنشئت المحاكم المختلطة نص في المادة ٣٣ من لائحة ترتيبها على أن التعهدات والهبات وعقود إنشاء الرهن والعقود الناقلة للملك التي تتم أمام كاتب المحكمة الابتدائية يكون لها قوة العقود الرسمية . وأنه وإن كان التوثيق لم ينص عليه بلفظ في هذه اللائحة ، فإنه قد وضعت لتنظيم إجراءاته تعليمات لأقلام الكتاب صدر بها أمر عال في فبراير سنة ١٨٧٦ . وجرى العمل على أن يقوم بالتوثيق أحد كتاب المحكمة . وعند إنشاء المحاكم الوطنية نص في المادة ٤٧ من لائحة ترتيبها على أن كتاب المحاكم الابتدائية يجب عليهم تحرير جميع العقود وأن العقود التي يحبرونها تكون في قوة العقود الرسمية . ولكن هذا النص لم يجربه العمل في الواقع إذا استثنينا ما كان من قبول الإقرارات الرسمية في بعض حالات . وإذا كانت هذه الحال لم تعد موافقة لظروف العصر ... » .

(٢) وقد نصت المادة ١١ من قانون التوثيق على أن « تلغى أقلام التوثيق بالمحاكم الوطنية والمختلطة ، ويحال إلى مكاتب التوثيق جميع أصول العقود الموثقة والوثائق والدفاتر المتعلقة بها » . أما التوثيق في المحاكم الشرعية فلا يزال باقياً في نطاق ضيق كما سيأتى . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق في هذا الصدد : « وتنص المادة الثانية عشرة (وصحتها الحادية عشرة) على إلغاء =

وتتولى توثيق جميع هذه المحررات ، عدا ما كان منها متعلقاً بالوقف^(١) والأحوال الشخصية للمسلمين^(٢) فيبقى توثيقها كما كان للمحاكم الشرعية^(٣) . أما التوثيق المتعلق بالأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين فيكون مع غيره من أمور التوثيق من اختصاص هذه المكاتب الموحدة . ولكن غير المسلمين من الأجانب يكون لهم الخيار في توثيق أوراقهم المتعلقة بالأحوال الشخصية بين مكاتب التوثيق أو جهاتهم القنصلية ، إذ الشكل في قواعد القانون الدولي الخاص قد يخضع للقانون الوطنى المشترك (م ٢٠ مدنى) كما يخضع لقانون البلد الذى تمت فيه أو قانون الموضوع أو قانون موطن المتعاقدين^(٤) .

= أقلام التوثيق بالمحاكم الوطنية والمختلطة . ولما كان المشروع قد احتفظ بالمحاكم الشرعية كجهة توثيق في الحالات المعينة التى سبقت الإشارة إليها في المادة الرابعة ، فقد اكتفى بأن يلغى من أقلام التوثيق من هذه المحاكم كل ما يدخل ضمن اختصاص مكاتب التوثيق الجديدة ، وبهذا يمتنع على أقلام كتاب المحاكم الشرعية توثيق أى محرر لا يدخل في نطاق المسائل التى استبقيت لها في هذا المشروع . وتنص المادة المذكورة على إلغاء أقلام التوثيق وإحالة أصول العقود الموثقة والوثائق والدفاتر المتعلقة بها إلى مكاتب التوثيق الجديدة ، ومن المفهوم بالبداهة أن إجراء موجب الإلغاء وتنظيم ما يتعلق به موكول إلى وزير العدل .

(١) على أنه فيما يتعلق بالوقف وما يلحق به من تحكير فيما لا نزاع فيه أن ما كان منه ذا صفة مدنية كإجارة الوقف يوثق أمام المكاتب الجديدة (المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق) . وغنى عن البيان أن اختصاص المحاكم الشرعية في توثيق المحررات المتعلقة بالوقف قد قلت أهميته كثيراً بإلغاء الوقف الأهلى ، ولم يبق الآن إلا الوقف الخيرى تباشر فيه هذه المحاكم اختصاصها التوثيقى .

(٢) وأهمها الإقرار بالنسب ونفيه . أما الزواج والطلاق وما يتعلق بهما فيوثق محرراتها المأذون الشرعى وهو تابع للمحكمة الشرعية .

(٣) - وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق في هذا الصدد ما يأتى : « وقد كان مقتضى توحيد جهات التوثيق أن تكون مكاتب التوثيق الجديدة هى التى تتولى توثيق جميع المحررات أياً كانت . إلا أنه لاعتبارات خاصة بالمحاكم الشرعية قد احتفظ المشروع بهذه المحاكم كجهة توثيق في نطاق ضيق ، فنصت المادة (الثالثة) على إخراج المحررات المتعلقة بالوقف أو بمواد الأحوال الشخصية من اختصاص مكاتب التوثيق ، وبذلك يستمر توثيقها في المحاكم الشرعية . والمقصود بالأحوال الشخصية في هذا المقام هو مسائل الزواج والطلاق وما يتعلق بهما والإقرار بالنسب ونفيه ... » ثم تقول المذكرة الإيضاحية بعد ذلك : « وأخيراً فإن هذا المشروع وإن كان لم يوحد جهات التوثيق توحيداً كلياً للاعتبارات التى سبق بيانها ، إلا أنه قد خطا خطوة كبيرة في سبيل هذا التوحيد ، وحقق بذلك أمنية طالما جالت في الخواطر » .

(٤) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق في هذا الصدد ما يأتى : « وتقضى المادة =

أما الموظفون العامون الذين يقومون بالتوثيق في النظام الجديد فهم - عدا قضاة المحاكم الشرعية وكتبها والمأذونين الشرعيين فيما يتعلق بالوقف والأحوال الشخصية للمسلمين ، وعدا القنصليات الأجنبية عند اختيارها فيما يتعلق بالأحوال الشخصية لغير المسلمين الأجانب - موظفون معينون لهذا الغرض ، إذ تنص المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق على أن « يقوم بالتوثيق موثقون وموثقون مساعدون معينون بقرار من وزير العدل » .

ويتبين مما تقدم أن الذين يقومون بالتوثيق في مصر هم ، كقاعدة عامة ، موظفون عامون يعينهم وزير العدل . وكانوا قبل ذلك أيضاً موظفين عامين يعينهم وزير العدل في المحاكم المختلطة وفي المحاكم الشرعية . أما في فرنسا فيقوم بالتوثيق طائفة تسمى « بالموثقين » (notaires) ، ولهم نظم خاصة ، وماض بعيد ، وتقاليد قوية . وهم ليسوا بالموظفين الذين يتقاضون أجراً من الدولة ، بل يؤجرون على أعمالهم من أصحاب الشأن ، شأنهم في ذلك شأن المحامين ومحضرى القضايا (avoués) وسائر أصحاب المهن المنظمة رسمياً (officiers ministériels) ، ويوجد لهم نظير في بعض البلاد العربية يسمى بالكاتب العدل . وأقرب نظير لهم في مصر هم المأذونون الشرعيون ، إذ لا يتقاضى هؤلاء أجراً من الدولة ، وإن كان اختصاصهم محصوراً في دائرة الأحوال الشخصية للمسلمين وفي بعض نواحيها ، فيضيق اختصاصهم كثيراً بل ويختلف عن اختصاص الموثقين في فرنسا (١) .

= المذكورة (الثالثة) بأن هذه المكاتب توثق المحررات المتعلقة بمواد الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المسلمين . إلا إنه بالنسبة إلى الأجانب يكون لهم الخيار في توثيق محرراتهم المتعلقة بأحوالهم الشخصية لدى مكاتب التوثيق أو لدى جهاتهم القنصلية تطبيقاً لقواعد القانون الدولى الخاص » . ويلاحظ أن توثيق الأوراق الرسمية المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين في مكاتب التوثيق لا يتعارض مع ما تستوجبه قوانين أحوالهم الشخصية من شروط أخرى لصحة تصرفاتهم في هذه المسائل ، فتدخل الكنيسة في عقود الزواج وعدم إباحة الطلاق أو إباحته في حدود ضيقة يبقى معمولاً به ، ولا يجوز الاكتفاء بتحرير ورقة رسمية في مكتب التوثيق بزواج أو طلاق حتى يصح هذا أو ذاك (انظر الدكتور سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٤٦ هامش رقم ٣) .

(١) ونظام الموثقين (notariat) نظام فرنسي محض . أعيد تنظيمه في عهد الثورة بقانون ١٥ فانتوس السنة التاسعة . ولا يزال هذا القانون معمولاً به حتى اليوم ، وإن كان قد عدل بقوانين ٢١ يونية سنة ١٨٤٣ و ١٢ أغسطس سنة ١٩٠٢ و ٢١ فبراير سنة ١٩٢٦ . ومهنة التوثيق في فرنسا مهنة منظمة تنظيمياً دقيقاً وتخضع لرقابة شديدة .

المبحث الثاني

اختصاص الموظف من حيث الموضوع ومن حيث المكان

المطلب الأول

اختصاص الموظف من حيث الموضوع

٧٥ - المقصود « بالسلطة » في نص المادة ٣٩٠ : لا يكفي لصحة الورقة الرسمية أن يقوم بتحريرها موظف عام ، بل يجب أيضاً أن يكون هذا

= واختصاص الموثق (notaire) الموضوعي اختصاص عام شامل . فهو وحده الذي يوثق العقود والتصرفات ما بين الأفراد . وقل أن يوثق هذه العقود والتصرفات غيره ، فقد يقع أن يسجل اتفاق ما بين خصمين أمام المحكمة في محضر الجلسة أو يصطلح خصمان أمام قاضي المصالحات (juge de paix) فيسجل هذا الصلح في محضره ، ولكن هذا نادر . وتنعدم أهلية الموثق إذا وقف عن عمله أو حل غيره محله . كذلك تنعدم أهليته إذا وثق ورقة له فيها مصلحة شخصية ، هو أو أحد أقاربه أو أصهاره فرعاً وأصلاً ، والخواشي للدرجة الثالثة . أما الاختصاص المكاني فيتسع ويضيق بحسب الأحوال ، فن الموثقين من يتناول اختصاصه دائرة محكمة من محاكم الاستئناف ، ومنهم من يتناول اختصاصه دائرة محكمة ابتدائية (arrondissement) ، ومنهم من يتناول اختصاصه دائرة إحدى محاكم الصلح (canton) .

ويوثق الموثق الورقة من أصل (minute) وصور (copies) ، ويحتفظ بالأصل ويسلم الصور إلى أصحاب الشأن . وهناك نوعان من الصور : الصورة التنفيذية (grosse) وتوضع عليها الصيغة التنفيذية وتسلم للطرف الذي له مصلحة في التنفيذ ، والصورة الأصلية (expédition) ولا توضع عليها الصيغة التنفيذية وتسلم لكل ذي شأن . وهناك أوراق محدودة الأهمية ، كالتوكيلات والمخالصات بالأجرة ، تحرر من أصل (brevet) دون صور ، ويسلم الأصل لصاحب الشأن .

وجميع الأوراق الموثقة يجب تسجيلها في خلال مدة قصيرة (١٠ أيام أو ١٥ يوماً) حتى يمنع على الموثق تقديم تاريخها . وعدم تسجيل الورقة لا يكون سبباً في بطلانها ، بل ولا في عدم ثبوت تاريخها ، فتاريخ الورقة الموثقة - لا تاريخ التسجيل - هو التاريخ الثابت الرسمى . ولكن يعاقب الموثق الذي لا يقوم بتسجيل الورقة ، وعقوبته الغرامة .

وللموثقين أتعاب يتقاضونها مباشرة من عملائهم ، وتحدد المراسيم .

(انظر في نظام التوثيق في فرنسا بودرى وبارد ٣ فقرة ٢١١٢ - فقرة ٢٢٥٨ ص ٤٦٤ -

ص ٦٦١ - بلانويول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٣٨ - فقرة ١٤٤٨ ص ٨٧٠ - ص ٨٨٥) .

الموظف مختصاً بكتابتها من حيث الموضوع . وتشترط المادة ٣٩٠ السابق إيرادها أن يكون الموظف العام قد عمل « في حدود سلطته واختصاصه » . وفي رأينا أن المقصود « بالسلطة » في هذا النص جملة أمور : (١) ولاية الموظف العام من حيث قيامها (٢) أهلية الموظف العام من حيث عدم قيام مانع شخصي به يجعله غير صالح لتوثيق ورقة بالذات (٣) الاختصاص الموضوعي للموظف العام من حيث نوع الأوراق الرسمية التي يجوز له أن يقوم بتوثيقها . وهذا كله يدخل في « سلطة » الموظف العام^(١) . أما « الاختصاص » فترى قصره على الاختصاص المكاني الذي سننتقل إليه فيما يلي (٢) :

ونستعرض هذه الأمور الثلاثة متعاقبة : الولاية والأهلية والاختصاص الموضوعي .

٧٦ — الولاية : يجب أن تكون ولاية الموظف المختص قائمة (٣) وقت تحرير الورقة الرسمية . فإذا كان قد عزل من وظيفته ، أو وقف عن عمله ، أو نقل منه ، أو حل غيره محله على أي وجه آخر ، فإن ولايته تزول ، ولا يجوز له مباشرة عمله ، وتكون الورقة التي يحررها عندئذ باطلة للإخلال بشرط من شروط صحتها^(٤) . على أنه إذا كان الموظف لم يعلم بالعزل أو الوقف أو النقل أو انتهاء الولاية ، وكان ذوو الشأن هم أيضاً حسني النية لا يعلمون بشيء من ذلك ،

(١) وإذا اعترض على هذا التفسير بأن النص ذكر ، إلى جانب « السلطة » ، لفظ « الاختصاص » مطلقاً فيشمل كلا من الاختصاص الموضوعي والاختصاص المكاني ، كان ردنا أن إيراد النص للفظ « السلطة » متقدماً على لفظ « الاختصاص » يقتضي أن يكون لكل لفظ معناه ، وسلطة الموثق في التوثيق لا تقتصر على ولايته فحسب بل تشمل أيضاً مدى هذه الولاية من حيث نوع الأوراق التي يوثقها ، فهو مسلط على توثيق أوراق رسمية معينة . ومن ثم فقد آثرنا أن ندخل الاختصاص الموضوعي للموثق تحت لفظ « السلطة » ، ونجعل لفظ « الاختصاص » مقصوراً على الاختصاص المكاني .

(٢) قارن الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات فقرة ١٠٥ — والدكتور سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٤١ .

(٣) وحتى يستطيع الموثق مباشرة ولايته في التوثيق ، يجب عند تعيينه وقبل مباشرة أعماله أن يحلف اليمين على الوجه المبين في المادة ٢ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق .

(٤) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٥٦ .

فان الورقة الرسمية التي يحررها الموظف في هذه الظروف تكون صحيحة رعاية للوضع الظاهر المصحوب بحسن النية (١).

وتطبيقاً لحماية الوضع الظاهر يكفي أيضاً أن يكون الموظف قد ولى وظيفته ولو في الظاهر، حتى لو كان تعيينه في هذه الوظيفة قد وقع مخالفاً للقانون، فانه في هذه الحالة يعتبر موظفاً فعلياً (fonctionnaire de fait)، أى موظفاً من حيث الواقع. ويعتبر أيضاً موظفاً فعلياً الموظف الذي عينته سلطة غير شرعية قد استقر سلطانها، كحكومة الثورة أو حكومة دولة أجنبية غازية. ففي جميع هذه الأحوال يكون توثيق الموظف المعين تعييناً باطلاً أو المولى من قبل سلطة غير شرعية توثيقاً صحيحاً، تطبيقاً لنظرية الموظف الفعلي وهي نظرية معروفة في القانون الإداري (٢).

٧٧ - الأهلية (٣): متى ثبت للموثق الولاية على النحو المتقدم،

وجب أن يكون، بالنسبة إلى كل ورقة رسمية يوثقها، أهلاً لتوثيقها. وهو في الأصل أهل لتوثيق جميع الأوراق الرسمية التي تدخل في اختصاصه. غير أن اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق سلبت الأهلية في أية ورقة رسمية بالذات تكون له فيها مصلحة شخصية أو تربطه بأصحاب الشأن فيها صلة معينة من قرابة أو مصاهرة. فنصت المادة الرابعة من هذه اللائحة على أنه «لا يجوز للموثق أن يباشر توثيق محرر يخصه شخصياً أو تربطه وأصحاب الشأن فيه صلة مصاهرة أو قرابة لغاية الدرجة الرابعة».

فلا يجوز إذن أن يكون الموثق نفسه طرفاً في الورقة الرسمية التي يوثقها، بائعاً أو مشترياً في عقد بيع مثلاً، أو وكيلاً أو موكلاً في عقد وكالة، أو نحو ذلك

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٥٦ هامش رقم ٧ - بودري وبارد ٣ فقرة ٢٠٧ ص ٤٣٢ وفقرة ٢١٠٧ ص ٤٦٢.

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٥٧ - بودري وبارد ٣ فقرة ٧٣ ص ٤٣٤.

(٣) نستعمل لفظ «الأهلية» هنا مسaire للتعبير الدارج، وإلا فقد قدمنا في الجزء الأول من هذا الوسيط (فقرة ١٤٧) أن الأهلية بالمعنى الصحيح مناطها التمييز، أما ما سذكروه هنا فليس إلا موانع قانونية تمنع الموثق من توثيق ورقة رسمية معينة بالذات

ولا يجوز له ذلك لا بنفسه ولا بشخص مسخر عنه ، كأن يكون البائع أو المشتري يبيع أو يشتري لحسابه ولو بغير توكيل ظاهر . ولا يجوز بوجه عام أن تكون له مصلحة شخصية مباشرة في الورقة التي يوثقها ، كأن يكون شريكاً لذوى الشأن في الصفقة التي تثبتها الورقة الموثقة (١) ، فإن المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية ، عند ما سلبته الأهلية في الحالات التي نصت عليها ، كان ذلك « لرفع مظنة المحاباة أو التأثير في إرادة أحد المتعاقدين » كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذه اللائحة ، ومظنة المحاباة أو التأثير قائمة إذا وجدت للموثق في الورقة التي يوثقها مصلحة شخصية مباشرة . وجزاء ذلك بطلان الورقة الرسمية ، حتى في الأجزاء التي لا مصلحة للموثق فيها .

كذلك لا يجوز أن يكون بين الموثق وأصحاب الشأن صلة قرابة أو مصاهرة لغاية الدرجة الرابعة ، دفعاً لمظنة المحاباة أو التأثير . فلا يجوز للموثق أن يوثق بيعاً مثلاً يكون فيه البائع أو المشتري فرعاً أو أصلاً له لغاية الدرجة الرابعة ، بدخول الغاية ، أو يكون أخاً أو أختاً أو فرعاً لأيهما لغاية الدرجة الرابعة ، أو يكون عمّاً أو عمة أو خالاً أو خالة أو ولداً لأيهم كذلك . ومثل القرابة المصاهرة . فلا يجوز أولاً — ولو من غير نص صريح في المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق — أن يوثق الموثق لزوجته أو لزوج . ثم لا يجوز له بعد ذلك أن يوثق لأحد من أقارب زوجته أو لزوجته لغاية الدرجة الرابعة على النحو الذي قدمناه ، لقيام صلة المصاهرة بين الموثق وهؤلاء (٢) .

(١) كما لا يجوز له أن يوثق أوراقاً رسمية لشركة مساهمة يحمل عدداً كبيراً من أسهمها ، ولا أن يكون كفيلاً أو وكيلاً لأحد ذوى الشأن في الورقة التي يوثقها (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٤٠) .

(٢) وقد يتم التعاقد بوكيل ، وتنص المادة السادسة من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق على أنه «إذا تم التعاقد بوكيل ، فعلى الموثق أن يتأكد من أن مضمون المحرر المطلوب توثيقه لا يتجاوز حدود الوكالة» . ولكن يصح أن يكون الوكيل من تربطه بالموثق صلة القرابة أو المصاهرة ، ولو للدرجة الرابعة ، ولا تكون الورقة الرسمية باطلة لهذا السبب . ويختلف هذا الوضع عن الوضع الذي يكون فيه الموثق نفسه وكيلاً عن أحد ذوى الشأن ، فقد قدمنا أن الورقة الرسمية تكون باطلة في هذه الحالة لوجود مصلحة شخصية للموثق . وغنى عن البيان أن الورقة لا تكون باطلة إذا ربط الوكيل بأصحاب الشأن رابطة قرابة أو مصاهرة ولو للدرجة الرابعة .

وتنص المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق على أنه « لا يجوز توثيق محرر إلا بحضور شاهدين كاملی الأهلية مقيمين بالمملكة المصرية ولهما إمام بالقراءة والكتابة ولا صالح لهما في المحرر المطلوب توثيقه ولا تربطهما بالمتعاقدين أو بالموثق صلة مصاهرة أو قرابة لغاية الدرجة الرابعة ». فيجب إذن ألا يكون بين الموثق وشاهدي الورقة الرسمية صلة قرابة أو مصاهرة لغاية الدرجة الرابعة على النحو الذي قدمناه فيما يتعلق بأصحاب الشأن في الورقة الرسمية ، فهم والشاهدان من هذه الناحية بمنزلة سواء^(١) . ولكن لا يشترط انتفاء صلة القرابة أو المصاهرة لغاية الدرجة الرابعة فيما بين الشاهدين نفسيهما .

٧٨ — الاختصاص الموضوعي : ويجب أن يكون الموثق مختصاً من الناحية الموضوعية بنوع الورقة الرسمية التي يقوم بتوثيقها . والموثق ، طبقاً للمادة الأولى من قانون التوثيق ، مختص بتوثيق جميع المحررات التي يقضى القانون أو يطلب المتعاقدون توثيقها . فكل تصرف قانوني يشترط القانون فيه ورقة رسمية ، كالهبة والرهن الرسمي ، يختص الموثق بتوثيقه . وكذلك جميع التصرفات القانونية التي لا يشترط فيها القانون ورقة رسمية ، بل تكون تصرفات رضائية ويجوز إثباتها في ورقة عرفية ، كالبيع والإيجار والوكالة والقسمة والصلح ، يجوز لأصحاب الشأن إثباتها في ورقة رسمية ، وعندئذ يكون الموثق مختصاً بتوثيقها . ولا يخرج من الاختصاص الموضوعي للموثق إلا الوقف والأحوال الشخصية للمسلمين فهذه يكون التوثيق فيها من اختصاص المحاكم الشرعية

(١) وتقضى الفقرة الثانية من المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق بجواز الاكتفاء بالشاهدين اللذين يعرفان شخصية أصحاب الشأن (انظر المادة السابعة من اللائحة وسيأتي ذكرها) ، فيكونان شاهدي معرفة وفي الوقت ذاته شاهدين في الورقة الرسمية ، متى توافرت فيهما الشروط المبينة في الفقرة الأولى من المادة الثامنة . وبديهي أن من هذه الشروط انتفاء صلة القرابة أو المصاهرة . وينبني على ذلك أن شاهدي المعرفة ، وإن كانا في الأصل لا يشترط فيهما انتفاء صلة القرابة أو المصاهرة ، لكن إذا كانا في الوقت ذاته شاهدي الورقة الرسمية فإن انتفاء صلة القرابة أو المصاهرة لغاية الدرجة الرابعة يصبح عندئذ شرطاً فيهما .

هذا وجزاء عدم أهلية الشهود بطلان الورقة الرسمية ، ما لم يصححها المبدأ القاضي بأن الغلط الشائع ينشئ الحقوق (error communis facit jus) (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٤٥ ص ٨٨٠ - ص ٨٨١) .

قضاة وكتبة ومن اختصاص المأذونين كما سبق القول ، وإلا الأحوال الشخصية للأجانب غير المسلمين فهذه يكون التوثيق فيها جوازاً لا وجوباً من اختصاص القنصليات الأجنبية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ويترتب على ما تقدم أنه لا يجوز ، وفقاً لقواعد الاختصاص الموضوعي ، أن يوثق القاضي الشرعي عقد بيع ، ولا المأذون عقد هبة ، ولا الموثق حجة وقف .

وفي الحدود المتقدمة الذكر يقوم الموثق ، فيما يتعلق بتوثيق الأوراق الرسمية ، بما يأتي : (١) تلقى المحررات وتوثيقها (٢) إثباتها في الدفاتر المعدة لذلك (٣) حفظ أصولها ، وموافاة المكتب الرئيسي بصور منها ، وإعطاء ذوى الشأن صورها ، وإعداد فهارس لها (٤) وضع الصيغة التنفيذية على صور المحررات الرسمية الواجبة التنفيذ (١) .

المطلب الثاني

اختصاص الموظف من حيث المكان

٧٩ — اختصاص الموظف : ولا يكفي أن يكون الموثق مختصاً من حيث الموضوع ، بل يجب أيضاً أن يكون مختصاً من حيث المكان . وقد نصت المادة الرابعة من قانون التوثيق على أنه « لا يجوز للموثق أن يباشر عمله إلا في دائرة اختصاصه » . فكل مكتب للتوثيق دائرة معينة يقوم في حدودها الموثقون ومساعدوهم المعينون في هذا المكتب بتوثيق الأوراق الرسمية التي يطلب إليهم توثيقها .

ونبادر إلى القول بأن هذا الاختصاص المكاني إنما يقيد مكتب التوثيق وحده ، أي أن الموثقين ومساعدتهم الملحقين بمكتب معين لا يجوز لهم مباشرة عملهم خارج دائرة اختصاصهم . ولكن أصحاب الشأن ممن يطلبون توثيق

(١) انظر المادة الثانية من قانون التوثيق . ويختص الموثق أيضاً ، بمقتضى هذه المادة ، في غير التوثيق ، بما يأتي : (١) التصديق على توقيعات ذوى الشأن في المحررات العرفية (٢) إثبات تاريخ المحررات العرفية (٣) إعطاء الشهادات بحصول التصديق على التوقيعات أو إثبات التاريخ في المحررات العرفية .

أوراقهم غير مقيدین بدائرة اختصاص معينة ، فيجوز لشخص مقيم بأسوان أن يطلب إلى مكتب للشهر في القاهرة أو في طنطا أو في أية جهة أخرى توثيق أية ورقة رسمية يريد توثيقها . فالقيد المكاني يرد إذن على مكاتب التوثيق ولا يرد على أصحاب الشأن . فلا يجوز لموظفي مكتب للتوثيق أن يوثقوا ورقة رسمية إلا في الدائرة المكانية لاختصاصهم . بل يجب أن يكون التوثيق في مكتب التوثيق بالذات ، وفي مواعيد العمل الرسمية ، إلا إذا كان أحد أصحاب الشأن في حالة لا تسمح له بالحضور إلى المكتب ، فيجوز عندئذ للموثق أن ينتقل إلى محل إقامته لإجراء التوثيق وذلك بعد دفع الرسم المقرر للانتقال ، وعليه إثبات هذا الانتقال في الدفاتر المعدة لذلك^(١) .

٨٠ — انتشار مكاتب التوثيق في أنحاء البلاد : ومكاتب التوثيق ، وفقاً للنظام الجديد ، منتشرة في جميع أنحاء الدولة . ولكل مكتب منها دائرة معينة لاختصاصه المكاني . ويعين عدد هذه المكاتب ومقر كل منها واختصاصه المكاني بقرار من وزير العدل^(٢) .

وقد صدر فعلاً قرار من وزير العدل في ٢١ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٧ — عمل به من أول يناير سنة ١٩٤٨ تاريخ تنفيذ قانون الشهر — يقضى بإنشاء مكاتب للتوثيق في جميع عواصم المديریات والمحافظات^(٣) ، ويتناول اختصاص كل مكتب منها المديرية أو المحافظة التي تقع في دائرتها^(٤) .

(١) انظر المادة ١٣ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق — وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق ، في شأن تقييد الاختصاص المكاني لمكاتب التوثيق دون أصحاب الشأن ، ما يأتي : « ولا بد من التنبيه هنا إلى أنه لم يرد بتحديد اختصاص كل مكتب إجبار ذی الشأن على أن يتقدم بمحرره إلى مكتب بعينه ، بل إن له أن يتقدم به إلى أى مكتب يشاء لتوثيقه . وإنما أريد من هذا التحديد منع الموثق في أحد المكاتب من أن يباشر مأمورية التوثيق خارج دائرة اختصاص هذا المكتب » .

(٢) انظر المادة الأولى من قانون التوثيق .

(٣) وقد أنشئ ، بمقتضى المادة الأولى من القرار الوزاري المشار إليه ، مكاتب للتوثيق في العواصم الآتية : أسوان — الأقصر — سوهاج — أسيوط — المنيا — الفيوم — بني سويف — الجيزة — القاهرة — بنها — شين الكوم — طنطا — المنصورة — الزقازيق — دمنهور — الإسكندرية — بور سعيد — دمياط — السويس .

(٤) انظر المادة الثانية من القرار الوزاري الصادر بإنشاء مكاتب التوثيق .

ثم أنشئ لكل مكتب منها فروع في مختلف الجهات التي بها محاكم جزئية أو مأموريات للشهر العقارى^(١).

فأصبح الاختصاص المكاني لكل مكتب للتوثيق ، بفضل هذا التنظيم ، محدداً معروفاً . وأصبحت هذه المكاتب وفروعها منتشرة في كل مكان وجد فيه سابقاً قلم للتوثيق « حتى لا يتكبد جمهور المتعاملين مشقة في الانتقال إلى المكتب الواقع في عاصمة المديرية لإجراء ما كان يتم في المحاكم الجزئية أو الشرعية في المراكز وامتنع عليها إجراؤه اعتباراً من تاريخ تنفيذ النظام الجديد »^(١).

(١) وقد أنشئ ، بمقتضى المادة الثالثة من القرار الوزاري الصادر بإنشاء مكاتب التوثيق ، فروع ثلثه لمكتب القاهرة : فرع السيدة زينب (أقسام باب الشرعية والخليفة والوايل ومصر القديمة والسيدة والبلاد التابعة فيما يتعلق بالشهر لمحافظة القاهرة من مركز الجزيرة الواقعة شرق النيل) - فرع مصر الجديدة (مصر الجديدة ومنشية البكرى ونواحي كفر فاروق والمطرية والقبة) فرع شبرا (قسما روض الفرج وشبرا ونواحي منية السيرج وجزيرة بدران والأميرية والزراوية الحمراء والوايل الصغرى والوايل الكبرى) . ولم ينشأ في الاسكندرية والمحافظات الأخرى فروع لمكاتبها . أما عواصم المديريات فقد أنشئ لمكتب كل عاصمة فروع في المراكز التي بها محاكم جزئية أو مأموريات للشهر العقارى . فأنشئت فروع في الدر وأدفو لمكتب أسوان ، وفي أسنا وقوص وقنا ودشنا ونجع حمادى لمكتب الأقصر ، وفي البلينا والمنشاء وجرجا وأخميم وطهطا وطما لمكتب سوهاج ، وفي البدارى وأبي تيج وأبنوب ومنفلوط وديروط وملوى لمكتب أسيوط ، وفي أبي قرقاص وسمالوط وبنى مزار ومغاغة والفشن لمكتب المنيا ، وفي أطسا وسنورس وأنشواى لمكتب الفيوم ، وفي بيا وأهناسيا الجديدة والواسطى لمكتب بنى سويف ، وفي الصف والعياط وإمبابة لمكتب الجزيرة ، وفي شبن القناطر وقلوب وطوخ لمكتب بنها ، وفي منيا القمح وأبي حماد وبليس وهيا وكفر صقر وفاقوس لمكتب الزقازيق ، وفي أجا وميت غمر والسنبلاوين ودكرنس والمنزلة وفارسكور لمكتب المنصورة ، وفي أشمون ومنوف والشهداء وتلا وقويسنا لمكتب شبن الكوم ، وفي المحلة الكبرى وزفتى والسنتة وسمنود ويلا وكفر الزيات ودسوق وفوة وطلخا وشربين وبلقاس لمكتب طنطا ، وفي كوم حمادة وإيتاى البارود والدلنجات وشبراخيت وأبي حمص والمحمودية وكفر الدوار ورشيد وأبي المطامير لمكتب دمنهور .

ويلاحظ أنه منذ صدور القرار الوزاري بإنشاء مكاتب التوثيق (في ٢١ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٧) أنشئت مديرتان جديدتان ، إحداها بالوجه البحرى وهى مديرية الفوادية والأخرى بالوجه القبلى وهى مديرية القاروقية ، وقد ترتب على إنشائهما تعديل في التنظيم المتقدم.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقرار الوزاري الصادر بإنشاء مكاتب التوثيق .

المبحث الثالث

مراعاة الأوضاع التي قررها القانون

٨١ — الأوضاع والإجراءات التي قررها قانون التوثيق ولائحته

التعليق : لما كان التوثيق في مصر ، في الكثرة الغالبة منه ، تقوم به مكاتب التوثيق ، فنسب هنا الأوضاع والإجراءات التي قررها قانون التوثيق ولائحته التنفيذية في توثيق الأوراق الرسمية (١) .

(١) أما الأوضاع والإجراءات التي جرت - ولا تزال تجرى عليها - المحاكم الشرعية ، وكذلك الأوضاع التي كانت المحاكم المختلطة تجرى عليها ، فقد أوردنا بصدد هذا في الموجز ما يأتي : « فالأوضاع التي تجرى عليها المحاكم الشرعية مبينة في لائحة ترتيبها . وتتلخص في أن الإشهادات (أي العقود الرسمية) تكتب في دفاتر معدة لذلك تسمى بالمضابط . ويعرض الكاتب صيغة الإشهاد على من باشره من القضاة أو على من أذنه بمباشرة منهم . وبعد استيفاء كتابة الصيغة وقراءتها يضع كل من ذوى الشأن والشهود إمضاءه أو ختمه على المضبطة ، وكذلك يفعل من باشر الإشهاد من القضاة وكاتب الإشهاد . ثم ينقل الإشهاد حرفياً في دفتر آخر يسمى السجل ، ويوقع عليه الناقل . ومن هذا السجل تحرر الحجج الشرعية » . « أما الأوضاع التي تجرى عليها المحاكم المختلطة فبينة في المواد ١٢٤ إلى ١٣٦ من التعليمات الصادر بها الأمر العالي في ٢٧ يناير سنة ١٨٧٦ . وتتلخص في أن العقد الرسمي يجب أن يحتوي على ذكر التاريخ والمحل الذي كتب فيه والموظف الذي قام بكتابته وأسماء المتعاقدين وشهود العقد وشهود المعرفة ، ثم تكتب وقائع العقد ، ويوقع عليه ذوى الشأن من أطراف وشهود ومترجم وكاتب . وقد جرت العادة أن يكتب المحامون العقود الرسمية مقدماً ، ويكتفي الموظف الرسمي بتلاوة ما أعده المحامون من ذلك على ذوى الشأن وإتمام ما ينقص من الأوضاع . فإذا ما تمت كتابة العقد على النحو المتقدم ، احتفظ بالأصل في قلم كتاب المحكمة ، ويعطى للأطراف صور منه » . (الموجز للمؤلف ص ٦٥٨ - ص ٦٥٩ وانظر أيضاً الدكتور عبد السلام ذهني في الأدلة جزء أول ص ١٢٧ - ص ١٤١) . وغنى عن البيان أن الأوراق الرسمية التي وثقت قبل نفاذ قانون التوثيق تسرى عليها النظم التي كانت موجودة وقت توثيقها ، وهي ما قدمناه (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٨٧ - ٩ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٥ - ٢٣ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٩٢ - ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٢) - وقد كانت المحاكم المختلطة توثق الأوراق الرسمية بأحدى اللغات القضائية التي كانت مقررة ، وبخاصة اللغة الفرنسية .

(م ٩ الوسيط - ج ٢)

ويمكن تقسيم هذه الأوضاع والإجراءات إلى مراحل ثلاث :

(المرحلة الأولى) مرحلة ما قبل التوثيق : دفع الرسم والتثبت من أهلية المتعاقدين ورضائهم .

(المرحلة الثانية) مرحلة التوثيق : ما يراعى في كتابة الورقة الرسمية والشهود وتلاوة الورقة وتوقيعها .

(المرحلة الثالثة) مرحلة ما بعد التوثيق : حفظ الأصول وتسليم الصور .

٨٢ - مرحلة ما قبل التوثيق : لا يقوم الموثق بتوثيق ورقة رسمية

إلا إذا دفع الرسم المستحق عنها (م ٣ لائحة تنفيذية) . فإذا ما دفع الرسم وجب على الموثق قبل إجراء التوثيق أن يتأكد من شخصية المتعاقدين بشهادة شاهدين بالغين عاقلين معروفين له ، أو أن تكون شخصيتهما ثابتة بمستند رسمي (م ٧ لائحة تنفيذية) ، وذلك تحاشياً للتلاعب وتفادياً من وقوع التزوير ما أمكن (المذكرة الإيضاحية للائحة التنفيذية) . ثم يجب بعد ذلك أن يتثبت من أهلية المتعاقدين ورضائهم . وله أن يطلب - إثباتاً لأهلية المتعاقدين - تقديم ما يؤيد تلك الأهلية من مستندات كشهادة ميلاد أو شهادة طبية أو أى مستند آخر (م ٥ لائحة تنفيذية) . والمقصود بالأهلية هنا البلوغ والعقل وعدم وجود مانع قانوني لدى أحد المتعاقدين ، كأن يباشر وصي أو قيم التعاقد على مال قاصر أو محجور عليه بدون إذن في ذلك من الجهة المختصة (المذكرة الإيضاحية للائحة التنفيذية) . وإذا تم التعاقد بوكيل ، فعلى الموثق أن يتأكد من أن مضمون الورقة المطلوب توثيقها لا يتجاوز حدود الوكالة (م ٦ لائحة تنفيذية) .

فإذا اتضح للموثق عدم توافر الأهلية أو الرضاء لدى المتعاقدين ، أو إذا كانت الورقة الرسمية المطلوب توثيقها ظاهرة البطلان كما إذا كانت تثبت بيعاً على أرض موقوفة وقفاً خيراً ، كان للموثق أن يرفض التوثيق وأن يعيد الورقة إلى ذوى الشأن بكتاب موصى عليه مع إبداء الأسباب (م ٦ قانون التوثيق) . ولا شك أن منح الموثق هذه السلطة من مقتضيات ما توخاه قانون التوثيق من ضبط المحررات ومراعاة صحتها والدقة فيها ، لما تتمتع به من خصائص ومميزات . ولا يتحقق ذلك إذا كانت وظيفة الموثق تنحصر في تلقي إرادة ذوى الشأن ، دون التأكد منها

أو مراجعتهم فيها (المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق) . ولمن رفض توثيق ورقته أن يتظلم إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة التى يقع مكتب التوثيق فى دائرتها فى خلال عشرة أيام من إبلاغ الرفض إليه . ويكون التظلم بعريضة يبين فيها أوجه تظلمه . وله أن يطعن فى القرار الذى يصدره قاضى الأمور الوقتية أمام غرفة المشورة بالمحكمة الابتدائية . وقرار القاضى بإجراء التوثيق أو رفضه وكذلك قرار غرفة المشورة فى هذا الشأن لا يجوز أحدهما حجية الأمر المقضى فى موضوع المحرر (م ٧ قانون التوثيق)^(١) .

٨٣ - صيغة التوثيق : فإذا تم التثبت من أهلية ذوى الشأن ورضائهم على الوجه المبين فيما تقدم ، انتقل الموثق إلى توثيق الورقة الرسمية ذاتها . ويجب أن تكون مكتوبة بخط واضح غير مشتمل على إضافة أو تحشير أو كشط ، وذلك لإبعاد كل شبهة عن المحرر ، وإذا اقتضى الأمر إضافة أو حذفاً فيجب ذكر ذلك فى آخر المحرر موقِعاً عليه من ذوى الشأن والموثق . والغالب أن تكون الورقة قد كتبت مقدماً بوساطة ذوى الشأن أو وكلائهم من المحامين ، ويكتفى الموثق بمراجعتها وتلاوتها والاستيقاع والتوقيع عليها كما سيأتى .

أما البيانات التى تتضمنها الورقة فهى نوعان : (أولاً) البيانات الخاصة بموضوع الورقة ، أى البيانات الخاصة بالبيع أو الرهن أو الوكالة أو غير ذلك من التصرفات التى قصد إثباتها فى الورقة . (ثانياً) البيانات العامة التى يجب ذكرها فى كل ورقة رسمية أياً كان موضوعها ، وهذه هى :

(١) ذكر السنة والشهر واليوم والساعة التى تم فيها التوثيق ويكون ذلك بالأحرف (٢) اسم الموثق ولقبه ووظيفته (٣) بيان ما إذا كان التوثيق قد تم فى

(١) بل يجوز تجديد طلب التوثيق متى زال السبب الذى منع من قبوله (انظر الدكتور سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٥١ هامش رقم ١) . أو يقال إن الحكم لا يجوز حجية الأمر المقضى فى موضوع التصرف ، فيجوز الاحتجاج أمام محكمة الموضوع بتوافر الأهلية أو بقيام الرضاء أو بصحة التصرف رغمًا من حكم قاضى الأمور الوقتية أو غرفة المشورة بعدم توافر الأهلية أو بعدم قيام الرضاء أو ببطلان التصرف ، لأن هذا الحكم إنما هو حكم فى مسألة عاجلة ، هى جواز التوثيق أو عدم جوازه ، ولا أثر له فى الموضوع .

المكتب أو في أى مكان آخر (٤) أسماء الشهود (١) (٥) أسماء أصحاب الشأن وأسماء آبائهم وأجدادهم وآبائهم وصناعاتهم ومحال ميلادهم وإقامتهم ، وأسماء وكلائهم ، ومن تقضى الحال بوجودهم للمعاونة فيما إذا كان أحد ذوى الشأن ضريراً أو ضعيف البصر أو أبكم أو أصم إذ يجب فى هذه الحالة على الموثق أن يتأكد من استعانتة بمعين يوقع المحرر معه (٢) .

ويجب أن تكون الورقة مكتوبة باللغة العربية . فإذا كان أحد المتعاقدين يجهل هذه اللغة أو لا يعرفها معرفة كافية ، استعان الموثق بمرجم يقدمه المتعاقدون ويكون محل ثقتهم . ويجب أن يوقع المترجم الورقة مع المتعاقدين والشهود والموثق ، ويجب ذكر اسمه من بين من تقضى الحال بوجودهم للمعاونة (٣) .

(١) وتنص المادة ٧ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق على أنه « يجب على الموثق أن يتأكد من شخصية المتعاقدين بشهادة شاهدين بالغين عاقلين معروفين له أو أن تكون شخصيتهما ثابتة بمستند رسمى » . وتنص المادة ٨ من اللائحة على أنه « لا يجوز توثيق محرر إلا بحضور شاهدين كامل الأهلية مقيمين بالمملكة المصرية ولهما إلمام بالقراءة والكتابة ولا صالح لهما فى المحرر المطلوب توثيقه ولا تربطهما بالمتعاقدين أو بالموثق صلة مصاهرة أو قرابة لغاية الدرجة الرابعة . ويجوز للموثق أن يكتفى بالشاهدين المنصوص عليهما فى المادة السابقة متى توافرت فيهما هذه الشروط . وعلى الشاهدين أن يوقعا المحرر مع أصحاب الشأن والموثق » والحكمة فى هذا ظاهرة ، وهى أن يكون هناك شاهدا عدل إذا ما أثير نزاع حول العقد الذى حصل توثيقه (المذكرة الإيضاحية لللائحة التنفيذية لقانون التوثيق) .

(٢) المادة ١٢ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق . وتقول المذكرة الإيضاحية لهذه اللائحة فى هذا الصدد ما يأتى : « وتنص المادة الثانية عشرة على أنه إذا كان أحد المتعاقدين ضريراً أو ضعيف النظر أو أصم أو أبكم ، فعليه أن يستعين بمن يكون واسطته فى التفاهم والتعبير عن القصد الذى يرمى إليه من التعاقد ، وذلك على غرار ما ورد فى قانون المحاكم الحسبية الأخير » . ولكن يلاحظ أن قانون المحاكم الحسبية المشار إليه لا يشترط «مساعداً قضائياً» إلا لمن كان أعمى أصم ، أو أصم أبكم ، أو أعمى أبكم ، أى يكون قد جمع بين عاهتين من هذه العاهات الثلاث (المادة ٤٧ من قانون المحاكم الحسبية وانظر أيضا المادة ١١٧ من التقنين المدنى) .

(٣) المادة ١١ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق . وتقول المذكرة الإيضاحية لهذه اللائحة فى هذا الصدد ما يأتى : «وإذا كانت اللغة العربية هى لغة البلاد الرسمية ، فقد نصت المادة الحادية عشرة على أن يكون توثيق المحررات بهذه اللغة . فإذا كان من المتعاقدين من يجهلها فليستعن بمرجم لملم بها ، على شرط أن يرتضيه الطرف الآخر حتى لا يكون ثمة مجال للطعن بوقوع تحريف فى الألفاظ والمعانى التى كانت مقصود المتعاقدين » .

فاذا تم كل ذلك ، وجب على الموثق قبل توقيع ذوى الشأن على الورقة التى توثق أن يتلو عليهم الصيغة الكاملة للورقة ومرفقاتها ، وأن يبين لهم الأثر القانونى المترتب عليها دون أن يؤثر فى إرادتهم . فاذا كانت الورقة مكونة من عدة صفحات ، وجب عليه أن يرقم صفحاتها (١) .

فاذا تمت التلاوة على هذا النحو ، وقع الموثق هو وأصحاب الشأن والشهود - وكذلك عند الاقتضاء المترجم ومن استعان به ذو الشأن إذا كان ضريباً أو ضعيف البصر أو أبكم أو أصم - الورقة صفحة صفحة وكذلك المرفقات (٢) .

٨٤ - مرحلة ما بعد التوثيق : وأهم ما فى هذه المرحلة هو حفظ الأصول وتسليم الصور . فيحفظ بمكتب التوثيق أصول الأوراق الرسمية التى توثق على حسب أرقامها فى ملفات خاصة بكل سنة (م ١٨ اللائحة التنفيذية) . ولا يجوز أن تنقل من مكاتب التوثيق هذه الأصول ولا الدفاتر أو الوثائق المتعلقة بها . على أنه يجوز للسلطات القضائية الاطلاع عليها . فاذا أصدرت سلطة قضائية قراراً بضم أصل ورقة رسمية موثقة إلى دعوى منظورة أمامها ، وجب أن ينتقل القاضى المنتدب إلى المكتب ويحرر بحضوره صورة مطابقة لأصل الورقة الرسمية ، ويعمل بديلها محضر يوقعه القاضى والموثق وكاتب المحكمة ، ثم يضم الأصل إلى ملف النزاع ، وتقوم الصورة مقام الأصل حين رده (م ١٠ اللائحة التنفيذية) (٣) . ويتولى المكتب إرسال صورة من كل ورقة رسمية تم

(١) المادة ١٠ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق ، وتقول المذكرة الإيضاحية لهذه اللائحة فى هذا الصدد ما يأتى : « ولقد أوجبت المادة العاشرة على الموثق أن يتلو المحرر على المتعاقدين ، وأن يبين لهم الأثر القانونى المترتب عليه ، ليتبينوا بوضوح النتائج التى قد تترتب على تعهداتهم ، وذلك بالبداهة دون أن يصدر منه ما يؤثر فى إرادة المتعاقدين أو مايوجههم توجيهاً لا يريدونه » .

(٢) المادة ١٠ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق فى هذا الصدد ما يأتى : « وإمعاناً فى المحافظة على أصول المحررات التى توثق نصت المادة الحادية عشرة (صحتها العاشرة) على عدم جواز نقل هذه الأصول أو الوثائق المتعلقة بها أو الدفاتر الخاصة بإجراء التوثيق من مكاتب التوثيق . ولا يرد على ذلك أن لهذه المحررات صوراً بالمكتب الرئيسى ، فإن وجود هذه الصور لا يمكن أن يبرر أى تهاون فى المحافظة على أصول المحررات التى تحوى توقيعات ذوى الشأن والشهود والموثق لما قد تتعرض له أثناء النقل من العبث أو الضياع » .

توثيقها إلى المكتب الرئيسى بالقاهرة لحفظها فيه (م ٢٠ اللائحة التنفيذية
والمادة ٢ بند ٤ من قانون التوثيق) .

ولا تسلم صورة الورقة الرسمية التى تم توثيقها إلا لأصحاب الشأن . ولا تنسخ
الصورة لتسليمها لأصحاب الشأن إلا بعد دفع الرسم . ويوضع على هذه الصورة
رقم التوثيق وتاريخه وصيغة التسليم وتاريخها ، ويوقعها الموثق ، ويوضع عليها
خاتم المكتب ، ويؤشر الموثق على أصل الورقة بالتسليم ويوقع هذا التأشير
(م ٨ فقرة أولى من قانون التوثيق وم ١٩ اللائحة التنفيذية) . ويجوز تسليم
صورة من الورقة الرسمية للغير بعد الحصول على إذن من قاضى الأمور الوقتية
بالمحكمة التى يقع مكتب التوثيق فى دائرتها (م ٨ فقرة ٢ من قانون التوثيق) .

وإذا كانت الورقة الرسمية واجبة التنفيذ ، وسلمت منها الصورة التنفيذية ،
وضع مكتب التوثيق عليها الصيغة التنفيذية (م ٢ بند ٣ قانون التوثيق) . ثم
لا يجوز تسليم صورة تنفيذية ثانية إلا بقرار من قاضى الأمور المستعجلة (م ٩ قانون
التوثيق) (١) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق فى هذا الصدد ما يأتى : « ولا يخفى أن العقود
الموثقة هى فى الأصل خاصة بذوى الشأن فيها . ولذلك نصت المادة التاسعة (صحتها الثامنة) من
المشروع على أن صور المحررات الموثقة لا تسلم إلا لهم . ولكن قد يقع أن يكون لغير ذوى
الشأن صالح فى المحرر ويهمه الحصول على صورة منه ، لذلك رخصت هذه المادة للغير فى الحصول
على صورة من المحرر الذى تم توثيقه بإذن من قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة التى يقع مكتب التوثيق
فى دائرتها . وقررت المادة العاشرة (صحتها التاسعة) من المشروع أنه لا يجوز تسليم أكثر من
صورة تنفيذية واحدة من المحرر الذى تم توثيقه إلا بعد الحصول على قرار من قاضى الأمور
المستعجلة بالمحكمة التى يقع فى دائرتها مكتب التوثيق . ومرد ذلك أن صاحب الشأن يختصم فى
طلب الصورة التنفيذية الثانية مكتب التوثيق ، فعليه أن يبين الأسباب التى تبرر سحب الصورة
التنفيذية الثانية ويستصدر بذلك حكماً .

هذا وقد نصت المواد من ١٤ إلى ١٦ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق على أن يعد بكل
مكتب من مكاتب التوثيق فى عواصم المديرىات والمحافظات الدفاتر الثلاثة الآتية : (١) دفتر تبين فيه
من واقع الأوراق الرسمية الموثقة بعد ترقيمها بأرقام متتابعة أسماء المتعاقدين وأسماء آبائهم وأجدادهم
لآبائهم ومحال إقامتهم ونوع المحرر وموضوعه واسم الموثق . ويبين على أصل المحرر رقم إدراجه
بهذا الدفتر . (٢) دفتر هجائى للفهارس تدرج فيه أسماء جميع أصحاب الشأن فى المحررات ورقم
المحرر الخاص بهم وتاريخه . (٣) دفتر يخصص للصور تدرج فيه أرقام المحررات وتواريخها
وأسماء ذوى الشأن فيها وتاريخ تسليم صورة المحرر إلى صاحبه بعد توقيعه منه .

المبحث الرابع

جزاء الاخلال بشرط من هذه الشروط

٨٥ - **الجزء هو البطلان** : بينا فيما تقدم الشروط الواجب توافرها لصحة الورقة الرسمية . فاذا اختل شرط من هذه الشروط ، كانت الورقة الرسمية باطلة كورقة رسمية .
ويترتب على ذلك أنه إذا كان الذى قام بتوثيق الورقة ليس موظفاً عاماً ، أو كان موظفاً عاماً ولكنه عند توثيقه للورقة كان قد عزل أو وقف عن عمله أو نقل أو حل محله أحد آخر لأى سبب ، فإن الورقة التى وثقها فى جميع هذه الأحوال تكون باطلة . وقد قدمنا أن الموظف الفعلى (fonctionnaire de fait) إذا وثق ورقة رسمية كان توثيقه صحيحاً وفقاً لنظرية معروفة فى القانون الإدارى . وقد قدمنا كذلك أن الموظف العام إذا كان قد عزل أو وقف أو نقل ولم يكن يعلم بانقطاع ولايته وقت توثيق الورقة الرسمية ، وكان أصحاب الشأن غير عالمين أيضاً بذلك أى كانوا حسنى النية ، فإن الورقة تكون صحيحة .
ويترتب على ذلك أيضاً أن الموظف العام إذا لم تكن له سلطة فى التوثيق ، بأن كانت له مصلحة شخصية مباشرة فى الورقة الموثقة ، أو ربطته بأصحاب الشأن أو بالشهود قرابة أو مصاهرة لغاية الدرجة الرابعة ، أو وثق ورقة من نوع لا اختصاص له فيه ، فوثق مثلاً حجة وقف كان الواجب أن يكون موثقها هو القاضى الشرعى أو كاتبه ، أو وثق القاضى الشرعى عقد بيع أو نحو ذلك ، فإن الورقة تكون باطلة فى جميع هذه الأحوال . وقد رأينا فيما يتعلق برابطة القرابة أو المصاهرة أن الشهرة العامة قد يكون من شأنها تصحيح الورقة .
ويترتب على ذلك أيضاً أن الموثق إذا قام بتوثيق الورقة فى غير دائرة اختصاصه المكاني ، أو فى غير مكتب التوثيق أو فى غير مواعيد العمل إلا لما منع يبرر انتقاله ، كانت الورقة باطلة (١) .

(١) على أنه إذا انتقل لسبب يبرر الانتقال ، ولكنه لم يثبت انتقاله فى الدفاتر المعدة لذلك ، فإن البطلان لا يترتب على هذا الإجراء غير الجوهرى . والعبرة بوجود المبرر للانتقال فعلاً ، فإن وجد كانت الورقة صحيحة ، وإلا فهي باطلة .

ويترتب على ذلك أخيراً أن الأوضاع والإجراءات الواجب مراعاتها في توثيق الورقة إذا لم تراعى كانت الورقة باطلة . ولكن هنا يجب التمييز بين الأوضاع والإجراءات الجوهرية وتكون هي التي جزاؤها البطلان ، وبين الأوضاع والإجراءات غير الجوهرية ولا يترتب البطلان عليها . ويعتبر من الأوضاع والإجراءات الجوهرية البيانات العامة الواجب ذكرها في الورقة الرسمية - تاريخ التوثيق واسم الموثق وأسماء أصحاب الشأن والشهود (١) - وكذلك حضور الشاهدين وقت توثيق الورقة ، وحضور المترجم عند الاقتضاء وحضور المعين بالنسبة إلى المصائب باحدى العاهات الثلاث ، وكون التوثيق باللغة العربية ، وإثبات أن الورقة الرسمية قد تليت وأن الأثر القانوني للورقة قد بين لأصحاب الشأن (٢) ، والتوقيعات التي نص عليها (٣) . ولا يعتبر جوهرياً ، فلا يترتب عليه البطلان ، عدم دفع الرسم (٤) ، وعدم تثبيت الموثق من شخصية المتعاقدين عن طريق شاهدين أو عن طريق مستند رسمي (٥) ومجاوزة الورقة لحدود الوكالة إذا كان التعاقد بوكيل (٦) ، وترقيم الصفحات صفحة صفحة (٧) ، والإضافة والتحشير والكشط (٨) .

٧٦ - ما يترتب على البطلان : قلنا إذا اختلف شرط من شروط صحة

الورقة الرسمية ترتب على ذلك بطلان الورقة ، فما الذي يترتب على هذا البطلان ؟ الأصل أن الورقة الرسمية إذا كانت باطلة تكون جميع أجزائها باطلة ،

(١) أما ذكر أن التوثيق قد تم في المكتب أو في أي مكان آخر فيبدو أنه غير جوهري .
(٢) ويكفي إثبات ذلك . فإن أنكر أحد أصحاب الشأن صحة الواقعة كان عليه أن يطعن بالتزوير . فإن نجح في الطعن اعتبرت الورقة مزورة في هذه الواقعة ، ثم اعتبرت أيضاً باطلة للإخلال بهذا الإجراء الجوهري .

(٣) توقيعات الموثق وأصحاب الشأن والشهود والمترجم والمعين .

(٤) ولكن يبقى واجب الدفع ، ويكون ديناً للخزانة العامة .

(٥) ويكفي أن تثبت الشخصية فعلاً .

(٦) ولكن إذا بقيت الورقة رسمية في هذه الحالة ، فإن التصرف القانوني يكون مع ذلك غير نافذ في حق الموكل .

(٧) وربما أيضاً توقيعها صفحة صفحة .

(٨) ولكن قد يكون هذا دليلاً على تزوير الورقة .

فلا يبطل جزء ويصح جزء . فاذا كان للموثق مصلحة شخصية مباشرة في الورقة مثلاً ، فإن الورقة تكون كلها باطلة ولا يقتصر البطلان على الجزء الذى يثبت للموثق فيه هذه المصلحة الشخصية المباشرة . وإذا لم يوقع أحد الشهود على الورقة ، أو لم يوقع المترجم أو المعين ، ومن باب أولى إذا لم يوقع الموثق أو أحد أصحاب الشأن ، كانت الورقة كلها باطلة حتى تاريخها ، مع أن التاريخ لم يقع فيه بطلان . ومن ثم لا يعتبر التاريخ ثابتاً ، بل يكون تاريخاً عرفياً لاحجية فيه على الغير .

على أنه يجب التمييز بين الورقة التى تثبت التصرف القانونى والتصرف القانونى ذاته . فاذا كانت الورقة باطلة ، فلا يستدعى ذلك حتماً أن يكون التصرف القانونى باطلاً . بل يبقى هذا التصرف قائماً وإن كان إثباته عن طريق الورقة الرسمية قد انعدم . وقد يصح إثباته عن طريق آخر غير الكتابة ، بل قد يصح إثباته بالورقة الرسمية الباطلة ذاتها إذا صحت كورقة عرفية على النحو الذى سنبينه فيما يلى . ويستثنى مما قدمناه الفرض الذى يكون فيه التصرف القانونى شكلياً ، أى يجب لانعقاده أن يكتب فى ورقة رسمية كالهبة والرهن الرسمى ، فعندئذ تصبح الورقة الرسمية ركناً فى التصرف ، فاذا كانت باطلة بطل التصرف ذاته^(١) . وكذلك الأمر فيما إذا اتفق المتعاقدان على أن يكون تعاقدهما بورقة رسمية إذا ما قد قصدا أن تكون الرسمية ركناً فى العقد .

وقد يقع أن الورقة الرسمية يكون ظاهرها الصحة ، ثم يطعن بالتزوير فى جزء من أجزائها ، ويتبين من إجراءات الطعن أن هذا الجزء مزور ، فهل ينبى على ذلك أن تصبح الورقة الرسمية كلها باطلة كورقة رسمية ؟ مثل ذلك أن يذكر الموثق فى الورقة الرسمية أن المشتري دفع الثمن أمامه للبائع ، ويتبين بعد الطعن بالتزوير فى هذه العبارة أن المشتري لم يدفع شيئاً أمام الموثق . ومثل ذلك أيضاً

(١) وفى هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولما كانت صحة الدليل غير منفكة عن صحة التصرف نفسه أن اشترط للرضا فيه شكل خاص ، فغنى عن البيان أن هذه الفقرة (وهى الفقرة التى تقضى بتحويل الورقة الرسمية الباطلة إلى ورقة عرفية) لا تنطبق على التصرفات التى تشترط فيها الرسمية بوصفها ركناً من أركان الشكل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٥٣) .

أن يطعن بالتزوير في تاريخ الورقة أو في توقيعات بعض الشهود أو بعض ذوى الشأن ، ويتبين من إجراءات الطعن بالتزوير أن هذه الاجزاء فعلاً مزورة . نرى في مثل هذه الأحوال التمييز بين ما إذا كان الجزء من الورقة الذى ثبت تزويره جوهرياً لصحة الورقة الرسمية فتكون الورقة باطلة في جميع أجزائها ، وبين ما إذا كان هذا الجزء غير جوهري فتبقى الأجزاء الأخرى للورقة الرسمية صحيحة ، ففي المثليين المتقدمين ، إذا ثبت تزوير العبارة التى تثبت أن المشتري دفع الثمن للبائع فإن هذا الجزء وحده هو الذى يفقد قوته في الإثبات وتبقى سائر أجزاء الورقة الرسمية صحيحة محتفظة بقوتها في الإثبات ، أما إذا ثبت أن تاريخ الورقة أو توقيع أحد الشهود أو أحد أصحاب الشأن مزور فإن هذا الجزء الذى ثبت تزويره جوهرياً لصحة الورقة الرسمية ومن ثم تكون الورقة باطلة في جميع أجزائها .

٨٧ - قيمة الورقة الرسمية الباطلة : قدما أن الفقرة الثانية من المادة ٣٩٠ تقضى بأن الورقة إذا لم تكسب صفة الرسمية فلا يكون لها إلا قيمة الورقة العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بامضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم .

والورقة لا تكسب صفة الرسمية إذا كانت باطلة لسبب من الأسباب التى قدماها . يستوى في ذلك ورقة لم يوقعها الموثق ، وورقة وقعها موثق مسلوب الولاية ، وورقة وقعها موثق غير مختص موضوعاً بتوثيقها ، وهذه حالات يمكن القول أن الورقة فيها تكون منعدمة كورقة رسمية . ويستوى في ذلك أيضاً ورقة وثقها موثق ثبتت له الولاية والاختصاص الموضوعى ولكن نقصه الاختصاص المكانى ، وورقة اختل فيها إجراء جوهري كما إذا شهد عليها شاهد واحد لاشاهدان ، وهذه حالات لا يمكن القول أن الورقة فيها تكون منعدمة ولكنها تكون قطعاً باطلة كورقة رسمية . لم يفرق التقنين المصرى الجديد بين هذين الفرضين - فرض انعدام الورقة كورقة رسمية وفرض بطلانها - ففيهما معاً لا تكسب الورقة صفة الرسمية ، ومن ثم لا يكون لها إلا قيمة الورقة العرفية إذا كانت موقعة من أصحاب الشأن . وهذا حكم بديهي في القانون المصرى ، فإن الورقة في الأحوال التى قدماها ، إذا كانت قد فقدت شرطاً

من شروط الصحة لقيامها كورقة رسمية ، فإنها مع ذلك قد استوفت شروط الورقة العرفية . فهي ورقة مكتوبة وقعها من صدرت منه ، والتوقيع وحده كاف لصحة الورقة العرفية في التقنين المصرى ومن ثم تكون لها حجية الورقة العرفية ، فتعتبر صادرة ممن وقعها ما لم يطعن فيها بالإلكار (م ٣٩٤ مدنى) (١) . وهذا ضرب من ضروب التحول (conversion) شبيه بتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح توافرت فيه أركانه وشروط صحته (م ١٤٤ مدنى) ، فالورقة الرسمية الباطلة قد تحولت هنا إلى ورقة عرفية صحيحة لتوافر شروط صحة الورقة العرفية فيها . ولكن لا يكون تاريخها تاريخاً ثابتاً كما قدمنا .

هذا الحكم البديهي لم يكن في حاجة الى نص ، فما هو الا تطبيق للقواعد العامة . ويقطع في ذلك أن التقنين القديم لم يكن يتضمن نصاً في هذا المعنى ، ومع ذلك فقد كان الحكم فيه هو عين الحكم الذى قدمناه (٢) . وما كنا لنسهب

(١) على أنه إذا كانت الورقة الرسمية الباطلة صادرة من عدة مدينين متضامين ولم يوقع عليها إلا بعض هؤلاء ، فأما لا تصلح ورقة عرفية ، لا بالنسبة إلى من لم يوقعها لعدم التوقيع ، ولا بالنسبة إلى من وقعها لأنه لم يوقع إلا كمدين متضامن مع آخرين فلو صلحت مستنداً ضده لفقد الرجوع على من لم يوقع من هؤلاء المدينين . وتبقى الورقة باطلة في هذه الحالة حتى لو نزل الدائن عن حقه قبل المدينين الذين لم يوقعوها . (أنظر في هذا المعنى أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٨٤) .

وإذا كانت الورقة الرسمية الباطلة غير موقعة من المدين ، وكان بطلانها راجعاً إلى سبب غير عدم التوقيع ، فلا تكون لها قوة الورقة العرفية ، حتى لو كان الموثق الذى قام بتوثيق هذه الورقة قد ذكر فيها عجز المدين عن التوقيع . ذلك أن إثبات الموثق في ورقة باطلة عجز المدين عن التوقيع لا قيمة له لبطلان الورقة ، فتصبح الورقة بمنزلة ورقة عرفية غير موقعة أصلاً دون ذكر لعجز المدين عن التوقيع ، ومن ثم تنعدم حجيتها كورقة عرفية . هذا إلى أن عجز المدين عن توقيع الورقة العرفية بامضائه لا يعفيه من توقيعها بختمه أو ببصمة أصبعه كما سنرى . (أنظر في هذه المسألة الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات فقرة ١٣٩ - الدكتور سليمان مرقس في أصول الإثبات فقره ٤٤ ص ٥٥) .

(٢) وقد جاء في الموجز للمؤلف عن هذه المسألة في التقنين المصرى القديم ما يأتى : « ولكن إذا كانت الورقة الرسمية عقداً وكانت باطلة ، فقد تصلح أن تكون ورقة عرفية يصح تقديمها لإثبات هذا العقد ، ما لم تكن الرسمية شرطاً شكلياً في الانعقاد كما هو الأمر في الهبة والرهن . ولكن يشترط حتى تكون للورقة الرسمية الباطلة قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات أن تكون هذه الورقة قد وقع عليها ذوو الشأن ، لأن التوقيع شرط في الورقة العرفية كما سنرى . ولا يعتبر تاريخ الورقة الرسمية الباطلة تاريخاً رسمياً ثابتاً ، حتى لو صلحت هذه الورقة الباطلة أن تكون ورقة عرفية صحيحة » (الموجز فقرة ٦٢٦ ص ٦٥٩) .

في هذه المسألة لولا أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد أوردت عبارات يفهم منها وجوب أعمال نوع من التمييز بين الورقة الرسمية المنعقدة - حيث يكون الموظف العام غير مختص موضوعاً أو حيث تكون له مصلحة شخصية مباشرة أو حيث يكون قد أغفل التوقيع على الورقة أو نحو ذلك - وفي هذه الحال تبطل الورقة كورقة رسمية ثم لا تكون لها قيمة الورقة العرفية ، وبين الورقة الرسمية الباطلة - إذا لم يكن للدوثق مثلاً اختصاص في توثيقها من حيث المكان - وفي هذه الحالة تبطل الورقة كذلك كورقة رسمية ولكن تكون لها قيمة الورقة العرفية (١) .

وهذا التمييز يقوم حقاً في التقنين المدنى الفرنسى . والسبب في ذلك أن هذا التقنين لا يكتفى في صحة الورقة العرفية أن تكون موقعة من أصحاب الشأن ، بل يشترط فوق ذلك ، كما سنرى ، تعدد النسخ الأصلية في العقود الملزمة للجانبين وكتابة كل الإلتزام بالحروف لا بالأرقام مع اعتماد المدين لها بخطه في العقود الملزمة لجانب واحد . فإذا كانت الورقة الرسمية الموقعة عليها من أصحاب الشأن باطلة ، لم يكن التوقيع عليها وحده كافياً لاعتبارها بمنزلة الورقة العرفية ،

(١) وهذا ما جاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : « والواقع أن ما يولى القانون من سلطة خاصة للموظف العام هو عماد ما يتوافر للورقة الرسمية من قوة في الإثبات ، وهو بذاته مناط العلة من هذه القوة . بيد أنه لم ير من العدل حرمان المتعاقدين من الإستناد إلى الورقة إذا كانوا قد عهدوا بأمرها إلى موظف أيسر له سلطة توثيقها بالنسبة للمكان ، متى كانوا قد اعتقدوا خلاف ذلك بناء على سبب مشروع . على أن مثل الورقة لا يكون لها إلا قيمة ورقة عرفية وفقاً لما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٥٢٧ من المشروع . ويشترط لتطبيق هذه الفقرة : (أ) أن تكون ثمة ورقة تلقاها موظف عام له سلطة توثيقها بالنسبة لطبيعتها (الإختصاص النوعى) . (ب) وأن يكون ذوو الشأن جميعاً قد وقعوا على هذه الورقة بامضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم . على أن هذا الحكم ليس إلا استثناء من نطاق القواعد العامة . ولذلك ينبغى تحامى التوسع في تفسيره . فهو لا ينطبق حيث يكون الموظف العام غير مختص بالنسبة لطبيعة الورقة (كما لو تلقى أحد المحضرين عقد بيع) ، أو حيث يكون هذا الموظف قد أغفل التوقيع على الورقة لأنها تكون خلوا في هذه الحالة مما يثبت أنه تلقاها ، أو حيث يكون أحد المتعاقدين قد أغفل التوقيع على هذه الورقة بامضاءه أو ختمه أو بصمته . وهو لا ينطبق كذلك إذا كان الموظف العام قد تدخل بوصفه طرفاً في التعاقد ، إذ ليس من المتصور أن يتولى الموظف العام ضبط ورقة رسمية لنفسه ، وليس للمتعاقدين في هذه الحالة أن يعتقدوا اعتقاداً مشروعاً في رسمية هذه الورقة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٢ - ص ٢٥٣) .

إذ ينقصها شرط آخر هو تعدد النسخ أو اعتماد المدين . ومن ثم كان جعل مثل هذه الورقة الرسمية الباطلة بمنزلة الورقة العرفية لا بد فيه من نص هو الذى ينشئها لها هذه القيمة . وقد وجد فعلا هذا النص فى التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١٣١٨ على النحو الآتى : «الورقة التى لا تكسب صفة الرسمية بسبب عدم اختصاص الموظف العام أو بسبب عدم أهليته أو بسبب عيب فى الشكل تكون لها قيمة الورقة العرفية إذا كانت موقعة من ذوى الشأن»^(١) . ولما كان هذا النص منشأ ، فهو الذى يضمن على الورقة الرسمية الباطلة قيمة الورقة العرفية ، ولولاه لما كانت لها هذه القيمة من تلقاء نفسها ، فقد عمد الفقه الفرنسى إلى عدم التوسع فى تفسيره ، وميز بين ورقة رسمية منعدمة^(٢) ، حيث لا يكون للورقة وجود أصلا فلا تصلح أن تكون ورقة عرفية^(٣) ، وبين ورقة رسمية باطلة^(٤) حيث توجد وتكون لها قيمة الورقة العرفية ، ولو أن شرط تعدد النسخ أو اعتماد المدين ينقصها ، وذلك بفضل نص المادة ١٣١٨ الذى أنشأ لها هذه القيمة .

هذا التمييز هو إذن مستساغ فى التقنين الفرنسى . ولكنه غير مستساغ فى التقنين المصرى . فقد قدمنا أن الورقة العرفية فى هذا التقنين لا يشترط فى صحتها إلا توقيع أصحاب الشأن ، دون حاجة إلى تعدد النسخ أو إلى اعتماد المدين . ففى وجد هذا التوقيع على الورقة الرسمية الباطلة ، أيا كان سبب بطلانها ، ولو

(١) وهذا هو النص فى أصله الفرنسى : Art. 1318.—L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier public ou par un défaut de forme vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties.

(٢) بأن كان الموثق مثلاً غير مختص موضوعاً بتوثيقها ، أو كان لم يوقعها ، أو كان طرفاً فيها .— أنظر تفصيل ذلك فى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٥ ص ٨٩١ — ص ٨٩٣ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٨٠ — ص ١٨٣) .

(٣) إلا إذا توافرت فيها جميع شروط الورقة العرفية بأن كانت موقعة من أصحاب الشأن ، ثم تعددت نسخها الأصلية إذا كان العقد ملزماً للجانبين أو كتبت قيمة الالتزام بالحروف دون الأرقام واعتمدها المدين بخطه إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد .

(٤) بأن كان الموثق — كما تقول المادة ١٣١٨ من التقنين المدنى الفرنسى — غير مختص بتوثيقها من ناحية المكان ، أو كان غير متوافر الأهلية لتوثيقها ، أو كانت تنطوى على عيب فى الشكل . ويشترط على كل حال ، لتكون لهذه الورقة الرسمية الباطلة قيمة الورقة العرفية ، أن تكون موقعة من ذوى الشأن ، وقد نصت المادة ١٣١٨ صراحة على هذا الشرط (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٨٣) .

كانت ورقة رسمية منعدمة ، فقد استوفت شرط صحة الورقة العرفية وصار لها قيمتها ، لا بفضل نص منشئ كما في التقنين الفرنسى ، بل بفضل تطبيق القواعد العامة ، وليست الفقرة الثانية من المادة ٣٩٠ إلا كاشفة عن هذا التطبيق ولم تكن هناك حاجة إليها كما سبق القول . فمن أين إذن أنت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بهذا التمييز ؟ .

الواقع من الأمر أن هذا تمييز لا يستقيم في التقنين المصرى . والمذكرة الإيضاحية في القول به جد خاطئة . والسبب في هذا الخطأ أن مشروعاً أولياً للتقنين المصرى في الإثبات كان يحوى شروطاً للورقة العرفية هي نفس شروط التقنين الفرنسى . ومن ثم كان التمييز مستساغاً في هذا المشروع الأولى كما هو مستساغ في التقنين الفرنسى ، وقد كتبت المذكرة الإيضاحية للمشروع الأولى على هذا الأساس . ثم عدل المشروع الأولى ، ورجع المشروع التمهيدى للتقنين المصرى إلى الاكتفاء بتوقيع المدين لصحة الورقة العرفية وأغفل الشرط الآخر ، فلم يعد التمييز مستساغاً في هذا الوضع . ولكنه بقي مع ذلك بارزاً في المذكرة الإيضاحية التي أدمجت كما هي في مجموعة الأعمال التحضيرية ، وكان ذلك سهواً ، إذ كان من الواجب حذف هذا التمييز بعد تعديل المشروع الأولى على الوجه الذى أشرنا إليه (١) .

(١) وقد قدمنا أن الأستاذ استنويت (Stenuit) هو الذى وضع المشروع الأولى في الإثبات وأرفق به مذكرة إيضاحية تتمشى معه . وقد أخذ في هذه المسألة بأحكام القانون الفرنسى ، فنص في المادة ١٢ من مشروعه على وجوب تعدد النسخ الأصلية للورقة العرفية إذا كان العقد ملزماً للجانبين ، ونص في المادة ١٣ على وجوب كتابة القيمة واعتمادها بخط المدين إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد . ومن ثم أعمل التمييز المدون في التقنين المدنى الفرنسى ، فنص في المادة السادسة من مشروعه على ما يأتى : «السند الذى لم يكسب صفة الرسمية ، ليعيب في الشكل أو بسبب أن الموظف العام الذى وثقه وكانت له صفة في توثيقه لم يكن أهلاً أو لم يكن مختصاً من حيث المكان ، تكون له قيمة الورقة العرفية ، ما دام يحمل جميع توقيعات ذوى الشأن من المتعاقدين أو يحمل بصمات أختامهم» . فقصر الأستاذ استنويت ، كما نرى ، منطقة تطبيق هذا النص على الورقة الرسمية الباطلة إذا كان البطلان آتياً من الإخلال بإجراء جوهري أو من عدم أهلية الموثق أو عدم اختصاصه المكاني ، ففي هذه الأحوال تكون للورقة الرسمية الباطلة قيمة الورقة العرفية بالرغم من أن شروط صحة الورقة العرفية لم تستوف كلها ، وهي الشروط المبينة في المادتين ١٢ و ١٣ من مشروعه . وكان طبعياً أن يذكر الأستاذ استنويت هذا التمييز في =

الفرع الثاني

حجية الورقة الرسمية في الإثبات

٨٨ - افتراض صحة الرسمية : متى كانت المظاهر الخارجية للورقة تنبئ أنها ورقة رسمية ، اعتبرت كذلك إلى أن يثبت ذو المصلحة أنها ليست لها صفة الرسمية لبطلانها أو لتزويرها ، ولا يكون ذلك إلا عن طريق الطعن بالتزوير إلا إذا جاز إثبات البطلان عن طريق آخر .
وبذلك يتم للورقة الرسمية السليمة في مظهرها قرينتان : قرينة بسلامتها المادية ، وأخرى بصدورها من الأشخاص الذين وقعوا عليها وهم الموظف العام وأصحاب الشأن^(١) . فهي إذن ، حتى يطعن فيها بالتزوير ، حجة بسلامتها المادية وبصدورها ممن صدرت منه دون حاجة إلى الإقرار بها . وهذا على خلاف الورقة العرفية ، فسرى أنها لا تكون حجة بما فيها قبل الإقرار بها^(٢) .
لكن إذا كانت المظاهر الخارجية للورقة تدل في ذاتها على أن بها تزويراً واضحاً كوجود كشط فيها أو حبر مختلف في اللون أو نحو ذلك ، أو على أنها

= المذكرة الإيضاحية التي أعدها لهذا المشروع ، ومن ثم لا يجعل للورقة الرسمية الباطلة بسبب نعدام ولاية الموثق أو بسبب عدم توقيعه أو بسبب عدم اختصاصه الموضوعي - وهذه هي الورقة الرسمية المنعدمة في عرف الفقه الفرنسي - أية قيمة ، حتى ولا قيمة الورقة العرفية . وأدجت هذه المذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية دون مراعاة لما أدخل على النصوص من تعديلات ، فأصبحت المذكرة لا تتمشى مع النصوص النهائية في بعض المواضع ، وهذا موضع منها ننبه إليه (انظر في هذه المسألة الدكتور سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٤٤ ص ٥١ - ص ٥٣) .

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٧٠ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥١ ص ٨٨٦ - ص ٨٨٧ .

(٢) وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والجوهري في هذا الصدد أن الورقة الرسمية تكون حجة بكل ما يلحق به وصف الرسمية فيها دون حاجة إلى الإقرار بها ، على نقيض الورقة العرفية فهي لا تكون حجة بما فيها قبل الإقرار بها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٥٥) . وقد نصت المادة ١٥٧ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني على « أن السند الرسمي الذي له شكل السند الرسمي ومظهره الخارجي يجب أن يعد رسمياً إلى أن يقوم باثبات العكس الفريق المدعى عليه بهذا السند » .

ورقة رسمية باطلة كعدم توقيعها من الموثق أو من أصحاب الشأن أو كوضوح أن الموثق غير مختص موضوعاً بتوثيقها ، جاز للقاضي أن يرد الورقة ، باعتبارها مزورة باطلة (١) . وقد نصت المادة ٢٦٠ من تقنين المرافعات على ما يأتي : « للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في الورقة من إسقاط قيمتها في الإثبات أو انقاصها . وإذا كانت صحة الورقة محل شك في نظر المحكمة ، جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذي صدرت عنه أو الشخص الذي حررها ليبدى ما يوضح حقيقة الأمر فيها » (٢) .

٨٩ - مسائل تطرأت في حجية الورقة الرسمية : فاذا خلص للورقة صفتها الرسمية على النحو المتقدم ، كان لها في أصلها وفي صورها ، حجية في الإثبات إلى مدى بعيد ، فيما بين الطرفين ، وبالنسبة إلى الغير .
فتتكم إذن في مسائل ثلاث : (١) حجية الورقة الرسمية فيما بين الطرفين
(٢) حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير (٣) حجية الورقة الرسمية فيما يتعلق بصورها .

المبحث الأول

حجية الورقة الرسمية فيما بين الطرفين

٩٠ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٩١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« الورقة الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥١ ص ٨٨٦ - ص ٨٨٧ .

(٢) وقد كان هذا هو أيضاً حكم تقنين المرافعات القديم . وعندما كانت لجنة المراجعة تنظر في المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد ، سأل أحد أعضاء اللجنة عما إذا كان يجوز للقاضي أن يحكم بتزوير الورقة من تلقاء نفسه دون أن يطعن فيها بالتزوير ، فأجيب بأن قانون المرافعات الحالي (القديم) يجيز للقاضي أن يستبعد الورقة التي يتضح تزويرها من تلقاء نفسه ، وهذا الاستبعاد يفضى بحكم الواقع إلى زوال حجية الورقة ، رسمية كانت أو عرفية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٨) .

في حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن في حضوره ، ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً ^(١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادة ٢٢٦/٢٩١ ^(٢) — ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة السادسة ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٥١ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المواد من ١٥٦ إلى ١٥٩ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٧٨ ^(٣) —

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٢٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
« ١- تكون الورقة الرسمية ، ما لم يطمئن فيها بالتزوير ، حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها الموظف العام في حدود مهمته أو صدرت من ذوى الشأن في حضوره . ٢- أما ما ورد على لسان ذوى الشأن من بيانات فيعتبر صحيحاً حتى يقوم الدليل على ما يخالفه » . وفي لجنة المراجعة حورت الفقرة الأولى من النص تحويراً جعلها تتفق مع النص الذى أقر نهائياً ، وأصبح رقم النص ٤٠٤ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليها دون تعديل . وفي لجنة مجلس الشيوخ قام نقاش حول الفقرة الثانية من المادة ، وهى التى تعتبر البيانات الواردة على لسان ذوى الشأن صحيحة حتى يقوم الدليل على ما يخالفها . وكانت نتيجة هذه المناقشة أن اتفقت الآراء على حذف هذه الفقرة ، لأن تلك البيانات يرجع فى أمر صحتها أو عدم صحتها إلى القواعد العامة فى الإثبات ، وإثباتها فى ورقة رسمية لا يعطيها قوة خاصة فى ذاتها بالنسبة لحقيقة وقوعها . فحذفت اللجنة الفقرة الثانية من المادة اكتفاء بالقواعد العامة ، وأصبح رقم النص ٣٩١ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٤ — ص ٣٥٥ و ص ٣٥٧ — ص ٣٥٩) .

(٢) ونعيد إيراد هذا النص من التقنين المدني القديم : « المحررات الرسمية ، أى التى تحررت بمعرفة المأمورين المختصين بذلك ، تكون حجة على أى شخص ، ما لم يحصل الادعاء بتزوير ما هو مدون بها بمعرفة المأمور المحرر لها » . وقد قدمنا أن النص الجديد يفضل هذا النص القديم من حيث إنه يحدد ما يعتبر فى الورقة الرسمية حجة إلى حد الطعن بالتزوير ، فهو ما دون الموثق من أمور قام بها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ٦ : ١ — تكون الأسناد الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أفعال مادية قام بها الموظف العام فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ، وذلك ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً . ٢ — أما ما ورد على لسان ذوى الشأن من بيانات فيعتبر صحيحاً حتى يقوم الدليل على ما يخالفه .

التقنين المدنى العراقى م ٤٥١ : تكون السندات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها الموظف العام فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ، ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني : م ١٥٦ — للسند الرسمى القوة التنفيذية ، وهو — إلى أن يدعى تزويره — مثبت لجميع الأفعال المادية التى تحققها المأمور الرسمى بذاته وكان من =

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣١٩ (١).

ويتبين من هذه النصوص :

(أولاً) أن الورقة الرسمية حجة على الناس كافة . وسنتناول هنا حجيتها فيما بين الطرفين ، على أن نتكلم فيما يلي في حجيتها بالنسبة إلى الغير .

(ثانياً) أن الورقة الرسمية حجة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن في حضوره ، ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً . ويتضح من هذا أن هناك نوعين من البيانات في الورقة الرسمية : (١) بيانات تكون للورقة الرسمية فيها حجية إلى أن يطعن في الورقة بالتزوير

= وظيفته أن يتحققها كحل العقد وتاريخ وصحة التوقيع وما يعزوه إلى المتعاقدين من التصريحات — م ١٥٧ — إن السند الرسمي الذى له شكل السند الرسمي ومظهره الخارجى يجب أن يعد رسمياً إلى أن يقوم باثبات العكس الفريق المدعى عليه بهذا السند . والسند الرسمي مثبت أيضاً للأعمال التى صرح بها المتعاقدون ولها علاقة مباشرة بالعقد إلى أن يثبت العكس — م ١٥٨ — لا يصلح السند الرسمي إلا كبداية بيعة خطية فيما يختص بالتصريحات التى ليس لها علاقة مباشرة بموضوع العقد — م ١٥٩ — إن السند الرسمي لا يسرى مفعوله الثبوتى فيما يختص بتصريحات المتعاقدين إلا عليهم وعلى خلفائهم فى الحقوق . وبالعكس فإن هذا السند يتعدى مفعوله الثبوتى إلى الغير ، سواء أكان لهم أم عليهم ، فيما يختص بالأفعال المادية التى يصرح بها المأمور الرسمي والتى تعد ثابتة إلى أن يدعى تزويرها .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة — م ٣٧٨ : مطابقة للمادة ٣٩١ من التقنين المدني المصرى .

ويتبين من استعراض نصوص التقنينات المدنية العربية أنها تتفق فى أحكامها مع أحكام التقنين المصرى فى المسائل التى نحن بصددنا .

(١) التقنين المدني الفرنسى — م ١٣١٩ : « تكون الورقة الرسمية ، بما تضمنته من اتفاق ، حجة على المتعاقدين والورثة والخلف . ومع ذلك إذا طعن بالتزوير فى الورقة الرسمية ، وكان الطعن بالطريق الجنائى ، أوقف تنفيذ الورقة المطعون فيها منذ الإحالة على الاتهام . أما إذا كان الطعن بطريق فرعى ، فانه يجوز للمحكمة ، تبعاً للظروف ، أن توقف مؤقتاً تنفيذ الورقة » . وهذا هو النص فى أصله الفرنسى :

« L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause. Néanmoins, en cas des plaintes en faux principal, l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue, par la mise en accusation; et, en cas d'inscription de faux faite incidemment, les tribunaux pourront, suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte. »

(٢) بيانات دون ذلك في القوة ، فهي ككل بيان يثبت في ورقة مكتوبة يعتبر صحيحاً حتى يقوم الدليل على ما يخالفه^(١). وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن فقرة في هذا المعنى حذفت في لجنة الشيوخ اكتفاء بتطبيق القواعد العامة . فعلياً إذن أن نبحت : (١) حجية الورقة الرسمية حتى يطعن فيها بالتزوير (٢) حجية الورقة الرسمية حتى يقوم الدليل على العكس .

٩١ - حجية الورقة الرسمية متى يطعن فيها بالتزوير : تكون

للورقة الرسمية حجية في الإثبات حتى يطعن فيها بالتزوير ، وذلك فيما دون فيها من أمور قام بها الموثق في حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن في حضوره . فهناك إذن طائفتان من البيانات لها هذه الحجية : بيانات عن الأمور التى قام بها الموثق في حدود مهمته ، وبيانات عن أمور وقعت من ذوى الشأن في حضوره .

أما الأمور التى قام بها الموثق في حدود مهمته وبينها في الورقة الرسمية التى وثقها فكثيرة . من ذلك تأكده من شخصية المتعاقدين بشهادة شاهدين أو بمسند رسمى ، وثبته من أهلية المتعاقدين ورضائهما ، وصدور الكتابة منه ، والبيانات العامة التى أثبتها في الورقة وهى التاريخ^(٢) واسم الموثق وبيان ما إذا كان التوثيق قد تم في المكتب أو في مكان آخر وحضور شاهدين واسم كل منهما وحضور أصحاب الشأن وأسماؤهم وحضور المترجم والمعين عند الاقتضاء وتلاوته الورقة لذوى الشأن والتوقيعات التى تحملها الورقة^(٣) .

(١) وهذه القواعد لاتعتبر من النظام العام ، فلا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٧١ هامش رقم ٥١ مكرر رابعا) .

(٢) ويعتبر تاريخاً ثابتاً بمجرد وروده في ورقة رسمية (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٣ ص ٨٨٩ - ص ٨٩٠) .

(٣) توقيعه هو وتوقيعات أصحاب الشأن والشهود والمترجم والمعين — هذا وما قرر المحضر من أنه أعلن الورقة إلى المحافظة لأنه لم يجد أحداً يسلمه الإعلان في محل إقامة ذى الشأن ، أو أنه سلم الإعلان إلى الخادم ، وما إلى ذلك مما فعله بنفسه أو وقع تحت بصره ، تبقى له الحجية إلى حد الطعن بالتزوير (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩١٠ م ٣٢ ص ٢٠٦ — ٢٣ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٩٧ — ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٣٠ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ١١٥) . أما ما ينقله عن الغير فيجوز إثبات عكسه دون =

أما البيانات عن الأمور التي وقعت من ذوى الشأن في حضوره فأكثرها يتعلق بموضوع الورقة الرسمية التي قام بتوثيقها ، أى البيانات الخاصة بهذه الورقة بالذات . فان كان الموضوع بيعاً ، فان الموثق يثبت في الورقة أن البائع قرر أنه يبيع والمشتري قرر أنه يشتري ، كل بالشروط التي دونت في الورقة ، وقد يكون المشتري دفع الثمن إلى البائع أمام الموثق فيذكر الموثق ذلك في الورقة الرسمية . كل هذه البيانات التي وقعت من ذوى الشأن في حضور الموثق وأثبتها في الورقة ، بعد أن أدركها بالسمع أو بالبصر *de visu aut de auditu* ، تكون لها حجية في الإثبات إلى أن يطعن فيها بالتزوير^(١) .

وسواء كانت البيانات متعلقة بالأمر التي قام بها الموثق أو بالأمر التي وقعت من ذوى الشأن في حضوره ، فلا بد حتى تثبت لها هذه الحجية أن تكون في حدود مهمة الموثق . فاذا خرجت عن هذه الحدود ، كأن أثبت الموثق أن أصحاب الشأن أقارب أو أن أحدهم يبلغ كذا من العمر أو أنهم قرروا أمامه أنهم أجانب أقاموا مدة معينة في البلاد ، فلا تكون لهذه البيانات حجية لأنها لا تدخل في مهمة الموثق^(٢) .

= طعن بالتزوير (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٣١ — ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨٠ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٠ — ١٨ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٧ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٦٩) . وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأنه إذا كان الدين ثابتاً بسند رسمي ذكر فيه أن النقود دفعت أمام كاتب المقود ، فلا يمكن إثبات الصورية بشهادة الشهود ، ومن ثم لا يجوز إثبات أن مبلغ الدين يشتمل على فوائد ربوية (نقض جنائي ٤ يناير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٧٦) . وما ورد على لسان أصحاب الشأن من بيانات يملونها على الموظف المختص بتحرير شهادات الميلاد والوفاة يجوز إثبات عكسها دون حاجة إلى الطعن بالتزوير (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٤٥) .

هذا ويجوز النزول عن حجية الورقة الرسمية فيما يجب فيه الطعن بالتزوير ، فلا تعود هناك حاجة إلى هذا الطعن (استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧١) .

(١) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٣٣ — ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٩ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٧١ — ١٧٢ .

(٢) بلانيول وريير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٢ ص ٨٨٧ — ص ٨٨٩ — هذا وإذا ذكر في ورقة رسمية أو في جواز سفر أن سن العاقد أو صاحب الجواز هي كذا عاماً ، فإن ذلك لا يكون حجة على بلوغه هذه السن ، ولا تثبت السن إلا بشهادة الميلاد أو بتقدير طبيب . وقضت محكمة النقض بأن ذكر تاريخ الوفاة في محضر حصر التركة لا يكون حجة بحصول الوفاة =

وقد حصرت على هذا النحو في دائرة محدودة البيانات التي تكون لها حجية لا تدحض إلا إذا لجأ من ينكرها إلى طريق الطعن بالتزوير . ذلك أن طريق الطعن بالتزوير طريق معقد مخوف بالمصاعب والمخاطر ، وقد رسم له تقنين المرافعات إجراءات ومواعيد دقيقة شدد فيها من التزامات الطاعن بالتزوير ، وفرض عليه غرامة إذا حكم بسقوط ادعائه أو برفض هذا الادعاء^(١) . وليس أمام من تحتم عليه الطعن بالتزوير إلا سلوك هذا الطريق ، فليس له أن يستجوب خصمه تمهيداً للحصول على إقرار منه ، ولا أن يوجه له التمين الحاسمة ، ولا أن يطلب إحالة الدعوى على التحقيق بغير الطريق المرسوم للطعن بالتزوير ،

= في ذلك التاريخ ، لأن هذا المحضر لم يعد لإثبات تاريخ الوفاة بل لإثبات عناصر التركة فقط (نقض ٨ فبراير سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٤٣٠ ص ١٠٧٤) . ومحضر حصر التركة الذي يذكر فيه أن التركة جميعها سلمت إلى بعض الورثة لا يعتبر دليلاً على التسلم (الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ١٥٥) . والمحاضر الرسمية التي تحرر لجمع الاستدلالات — محاضر التحقيق والجرد وحصر التركة — تكون قابلة لإثبات العكس دون حاجة إلى الطعن بالتزوير (الأستاذ أحمد نشأت ١ في الإثبات فقرة ١٥٥ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٤٨ ص ٦١) . ويجوز إثبات عكس ما ورد في الإثبات الشرعي الصادر بوفاة شخص بجميع الطرق ، إذ هو ليس بحكم ولا بحجة في إثبات الوقائع المدرجة فيه (استئناف وطني ٣١ مارس سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٨١ — استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٨٦) . والحجية إلى حد الطعن بالتزوير مقصورة على المواد المدنية والتجارية . أما في المواد الجنائية فالأمر متروك لتقدير القاضي . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا عرض على المحكمة الجنائية محضر كسر ختم المتوفى ، جاز لها ألا تأخذ بما جاء فيه إذا اقتنعت بعدم صحته ، وذلك دون حاجة إلى الحكم بتزويره (نقض ٧ يونية سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٦٥ ص ١٨٨) . وقضى أيضاً بأنه يجوز لكل ذي شأن أن يثبت بكافة الطرق القانونية ما يخالف ما دون في المحاضر التي يحررها رجال البوليس في المواد الجنائية دون أن يكون ملزماً بالطعن فيها بالتزوير (نقض جنائي ٤ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٠٣ ص ٣٣٣ — ١١ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٤٠ ص ٤٤١ — أسبوط الابتدائية ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٥٧ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٥٨ هامش رقم ١) .

(١) يلانيول وريير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٢ ص ٨٨٧ هامش رقم ٣ . وعلة ذلك — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — « ما يولى القانون من ثقة لصحة الإقرارات الصادرة في حضور الموظف العام وصحة ما يتولى إثباته من البيانات التي تدخل في حدود مهمته . فإذا اقتضت مصلحة أحد من ذوى الشأن أن يقيم الدليل على عكس بيان من البيانات التي يلحق بها وصف الرسمية ، تعين عليه أن يلجأ إلى طريق الطعن بالتزوير » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٥ — ص ٣٥٦) .

ولا أن يطلب إثبات وقائع تتعارض مع البيانات الثابتة بالورقة الرسمية حتى لو كان يتمسك بمبدأ ثبوت بالكتابة ويريد أن يستكمله بالبينة أو بالقرائن (١).

= هذا وتتلخص إجراءات الطعن بالتزوير في أنه إذا ادعى خصم أن الورقة الشاهدة عليه مزورة، فله أن يطعن فيها بالتزوير في أية حالة تكون عليها الدعوى بتقرير في قلم الكتاب يعلن للخصم الآخر بمذكرة تبين فيها شواهد التزوير وإجراءات التحقيق التي يطلب إثباته بها. على أنه يجوز للمحكمة — ولو لم يدع أمامها بالتزوير بالإجراءات المتقدمة — أن تحكم برد أية ورقة وبطلانها إذا ظهر لها بجلاء من حالتها أو من ظروف الدعوى أنها مزورة. فإذا طعن الخصم في الورقة بالتزوير، وكان الادعاء بالتزوير منتجاً في النزاع، ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لاقتناع المحكمة بصحة الورقة أو بتزويرها، ورأت أن إجراء التحقيق الذي طلبه الطاعن في مذكرته منتج وجائز، أمرت بالتحقيق. ويشتمل الحكم الصادر بالتحقيق على الوقائع التي قبلت المحكمة تحقيقها والإجراءات التي رأت إثباتها بها، وندب أحد قضاة المحكمة لمباشرة التحقيق، وتعيين خبير أو ثلاثة خبراء، والأمر بإيداع الورقة المطعون بتزويرها قلم الكتاب مع بيان حالتها. ويجرى التحقيق بالمضاهاة وبشهادة الشهود. وتكون المضاهاة على ما هو ثابت صدوره من تشهد عليه الورقة من أوراق رسمية أو أوراق معترف بها منه أو على خطه أو إمضائه الذي يكتبه أمام القاضي المنتدب للتحقيق. أما الشهود فيسمعون فيما يتعلق بصدور الورقة من صاحب التوقيع، وتراعى في سماعهم القواعد المقررة في سماع شهادة الشهود. والحكم بالتحقيق يوقف صلاحية الورقة للتنفيذ دون إخلال بالإجراءات التحفظية. وإذا حكم بسقوط حق مدعى التزوير في ادعائه أو برفضه حكم عليه بغرامة مقدارها ٢٥ جنهاً مصرياً. ولا يحكم عليه بشيء إذا ثبت بعض ما ادعاه. (انظر المواد من ٢٨١ إلى ٢٩٠ من تقنين المرافعات).

وتنظم المادة ٢٩١ من تقنين المرافعات دعوى التزوير الأصلية فتتص على أنه «يجوز لمن يخشى الاحتجاج عليه بورقة مزورة أن يختصم من بيده تلك الورقة ومن يستفيد منها لسماع الحكم بتزويرها، ويكون ذلك بدعوى أصلية ترفع بالأوضاع المعتادة، وتراعى الإجراءات المتقدمة». (٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٧٢ - ص ١٧٣ — وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد ما قدمناه من البيانات التي تقوم حجيتها إلى حد الطعن بالتزوير ما يأتي: «وقد تكفل النص بتحديد هذه البيانات، فقصرها على الأمور التي يثبتها الموظف العام في حدود مهمته أو التي تصدر من ذوى الشأن في حضوره. وهى بهذا الوصف تتضمن: (أ) ما يثبت الموظف العام من وقائع أو أمور باعتبار أنه تولى ضبطها بنفسه. ومن قبيل هذه الوقائع أو الأمور: التاريخ ويعتبر ثابتاً من يوم تلقى الورقة وقبل قيدها في السجل المعد لذلك، وبيان مكان تلقى الورقة، والكتابة، وتوقيع ذوى الشأن، وتوقيع الموثق، والبيانات المتعلقة بإتمام الإجراءات التي يتطلبها القانون. (ب) ما يصدر من ذوى الشأن في حضور الموظف ويدرك بالחס من طريق الاتصال بالسمع أو الوقوع تحت البصر، كالأقرارات أو وقائع التسليم. ويراعى أن الموظف العام يثبت واقعة الإدلاء بهذه الإقرارات دون أن يمس في ذلك صحتها، فلو قرر أحد المتعاقدين أنه باع وقرر الآخر أنه أدى الثمن، أثبت الموثق هذين الإقرارين، وكان إثباته لهما دليلاً على الإدلاء بهما لا على صحة الوقائع التي تنطوى فيهما. =

وله أن يطعن بالتزوير في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف^(١) ، ولكن لا لأول مرة أمام محكمة النقض ، وذلك كله بشرط ألا يكون الطعن بالتزوير كيدياً^(٢) .

٩٢ — أهمية الورقة الرسمية متى يقوم الدليل على العكس :

أما ما أثبتته الموثق في الورقة الرسمية باعتباره وارداً على لسان ذوى الشأن من بيانات ، فلا تصل الحجية فيه إلى حد الطعن بالتزوير . بل يعتبر ما ورد من ذلك صحيحاً في ذاته إلى أن يثبت صاحب المصلحة عكسه بالطرق المقررة في قواعد الإثبات^(٣) . ومن هذه القواعد أنه لا يجوز إثبات عكس ما بالورقة المكتوبة إلا بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة مستكملاً بالبيئة أو بالقرائن . فلا يجوز إذن إثبات عكس ما ورد في الورقة الرسمية على لسان ذوى الشأن إلا إذا كانت هناك كتابة تثبت هذا العكس ، أو في القليل مبدأ ثبوت بالكتابة تعزره البيئة أو القرائن^(٤) .

= ويشترط أن تكون الوقائع أو الأمور المتقدم ذكرها مما يدخل في حدود مهمة الموثق، لأن إلحاق الصفة الرسمية بما يثبت الموظف العام في المحرر مشروط باقتصاره على هذه الحدود ، كما رسمها نص القانون ، فإن جاوزها انقطعت عنه الولاية ، وسقطت تبعاً لذلك قيمة ما يتولى إثباته على هذا الوجه . فلو أثبت الموثق أن المتعاقد متمتع بقواه العقلية مثلاً ، فلا يكون لإثبات هذه الواقعة أثر في إمكان الاحتجاج بها ، لأن إثباتها ليس مما يدخل في مهمة من يتولى التوثيق « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٦) .

(١) استئناف مختلط ٢٢ يولية سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٥٦ .

(٢) استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١١١ .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٤ .

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن المحررات الرسمية تكون حجة على أى شخص ما لم يحصل الادعاء بتزوير ما هو مدون بها بمعرفة المأمور المحرر لها ، وعلى ذلك فلا يجوز إثبات خلاف ما ورد فيها بالبيئة أو بقرائن الأحوال مهما كانت قوة هذه القرائن للثقة الموجودة في هذه الأوراق الرسمية ، إلا أنه فيما يختص بما يقرره الخصوم أمام المأمور المحرر لها ويدونه بمحضه عن وقائع حصلت بغير حضوره فيجوز إثبات ما يخالفها بالبيئة أو بقرائن الأحوال بشرط أن يكون هناك مبدأ للشبوت بالكتابة (استئناف مصر ٢٩ يولية سنة ١٩٢٥ ، المحاماة ٦ رقم ١٠٠ ص ١٣٧) . أنظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مصر ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٤ ص ٥٧ . استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٦٤ — ٢١ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٢٤ — ٦ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٨ =

والأصل في هذه المسألة أن كل طعن في بيان وارد بورقة رسمية ، يتضمن مساساً بأمانة الموثق وصدقه ، لا يكون إلا عن طريق الطعن بالتزوير كما رأينا . ذلك أن اختيار الموظف العام خاضع لشروط تتوافر بها الثقة فيه ، وهو معرض لعقوبات قاسية فيما إذا أخل بهذه الثقة^(١) . أما الطعن الذي لا يتضمن مساساً بأمانة الموثق أو بصدقه فيكفى فيه إثبات العكس على النحو الذي قررناه .

ومن ثم يكون البيان المتعلق بتأكد الموثق من شخصية المتعاقدين وبتثبته من أهليتهما ورضائهما لا يجوز إنكاره إلا بطريق الطعن بالتزوير كما قدمنا . ولكن إذا اقتصر المدعى على إنكار شخصية المتعاقدين أو إنكار توافر الأهلية فيهما أو إنكار أن رضائهما صحيح غير مشوب بعيب ، دون أن يتعرض لتثبت الموثق من كل ذلك ، جاز أن يثبت ما يدعيه بالطرق المقررة دون حاجة إلى الطعن بالتزوير ، لأن المدعى لا يتشكك في ذمة الموثق ، إذ هو يسلم أن الموثق قد تأكد من كل ذلك ، ولكن بالرغم من هذا التأكد فإنه قد أخطأ عن حسن نية .

وكذلك البيانات العامة التي يثبتها الموثق بعضها لا يجوز إنكاره بتاتاً إلا بطريق الطعن بالتزوير ، كتاريخ الورقة الرسمية الذي يعتبر تاريخاً ثابتاً كما قدمنا ، واسم الموثق ، وبيان ما إذا كان التوثيق قد تم في المكتب أو في مكان آخر ، وحضور الشهود ، وحضور أصحاب الشأن ، والتوقيعات ، وقد تقدم ذكر ذلك . أما حقيقة أسماء أصحاب الشأن وأسماء الشهود وحقيقة ألقابهم وصناعاتهم ومحال إقامتهم ، فما قرروه من ذلك في الورقة الرسمية له ناحيتان : واقعة التقرير ولها حجية حتى الطعن بالتزوير لأن إنكارها يمس أمانة الموظف ، وصحة التقرير في ذاته أي صحة الأسماء والألقاب والصناعات ومحال الإقامة وهذه يكفي فيها إثبات العكس لأن الإنكار في هذا كله لا يمس أمانة الموثق إذ هو لم يكتب إلا ما قرره هؤلاء على عهدتهم ، صادقين كانوا أو كاذبين .

== — ٤ يونية سنة ١٧٩٠ م ٢ ص ٤١٧ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٧ ص ٩٨ —
١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٩ — ١٨ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٣٣ — ١٤ يناير
سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١١٩ — ١٧ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٨٨ — ٢٢ يناير سنة
١٩٠٢ م ١٤ ص ٨٦ .

(١) بلانيول وريير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٢ .

ثم إن البيانات الخاصة بموضوع الورقة الرسمية لها أيضاً ناحيتان : واقعة التقرير - أى أن أصحاب الشأن قرروا أمام الموثق كذا وكذا - وهذه لها حجية إلى حد الطعن بالتزوير ، ثم صحة التقرير في ذاته وهذه يجوز إنكارها وإثبات العكس لأن ذلك لا يمس أمانة الموثق . مثل ذلك أن يثبت الموثق أن أحد المتعاقدين قرر أنه باع للمتعاقد الآخر داراً وقرر المتعاقد الآخر أنه اشترى هذه الدار ، فواقعة التقرير من بيع وشراء لها حجية إلى حد الطعن بالتزوير ، ولكن هذا لا يمنع إذا المصلحة ، وهو لا يتعرض لواقعة التقرير في ذاتها ولا يمس بذلك أمانة الموثق ، من أن يتمسك بأن هذا البيع صوري بالرغم من أن المتعاقدين قررا أمام الموثق غير ذلك ، وله أن يثبت هذه الصورية بالطرق المقررة قانوناً دون حاجة إلى الطعن بالتزوير . ولو أثبت الموثق أن المشتري دفع أمامه الثمن وقدره كذا إلى البائع ، فواقعة دفع مبلغ قدره كذا له حجية إلى حد الطعن بالتزوير ، ولكن هذا لا يمنع إذا المصلحة من إثبات أن الدفع بالرغم من صحة واقعته في ذاتها كان دفعاً صورياً ، بأن كانت النقود هي نقود البائع وأعطائها للمشتري ليسلمها هذا له أمام الموثق^(١) ، أو بأن النقود التي دفعها المشتري أمام الموثق أعادها له البائع بعد خروجهما ، وله أن يثبت ذلك بالطرق المقررة قانوناً دون حاجة إلى الطعن بالتزوير لأنه لا يمس في ادعائه هذا أمانة الموثق^(٢) .

(١) استئناف مختلط ٧ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٩ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «وتكون إقرارات ذوى الشأن حجة على الكافة (ما لم يطعن في صحتها بالتزوير) . ويراعى أن المشروع قد استعاض بعبارة « صحة الإقرارات » عن اصطلاح « صحة الاتفاق » وهو الاصطلاح الذى اختاره التقنين الفرنسى والتقنين الإيطالى والمشروع الفرنسى الإيطالى في معرض التعبير . والواقع أنه ينبغي تحامى الخلط بين صحة واقعة انعقاد العقد وبين صحة هذا العقد في ذاته . فاذا قرر ذوو الشأن بمحضر من الموظف أن أحدهما باع وأن الآخر اشترى ، فالورقة الرسمية تعتبر حجة على صدور الإقرارين وإثبات الموظف لهما بعد أن اتصلوا بسمعه إلى أن يطعن فيهما بالتزوير . أما حقيقة هذين الإقرارين في ذاتهما ، من حيث مبلغ مطابقتهما للواقع ، فلا حيلة للموثق في العلم بها وإثباتها ، لأنها ليست مما يقع تحت حسه . ومؤدى هذا أن مجرد إثبات إقرار من الإقرارات في ورقة رسمية لا يستتبع إمكان الاحتجاج بصحته الذاتية إلى أن يطعن في هذه الورقة بالتزوير . على أن مثل هذا الإقرار يعتبر صحيحاً إلى أن يثبت العكس ، تفريعاً على أن الأصل في الإقرارات أن تكون صحيحة ، أما الصورية فهي استثناء يتعين على من يتمسك به أن يقيم الدليل عليه وفقاً للقواعد العامة في الإثبات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٦ — ص ٣٥٧) .

وكذلك قيام التصرف القانوني ذاته وصحته التي تفترض توافر الأهلية والحلو من عيوب الرضاء ووجود محل صالح وسبب مشروع ، ونفاذ التصرف القانوني فيما بين الطرفين وفي حق الغير ، كل ذلك لا شأن له بما قرره الموثق من وقوع التصرف ، فلكل ذى مصلحة أن ينازع في أية مسألة من هذه وعليه إثبات ما يدعيه وفقاً للقواعد المقررة قانوناً^(١) .

المبحث الثاني

حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير

٩٣ - قاعدة عامة : رأينا أن المادة ٣٩١ من التقنين المدني تقضى بأن الورقة الرسمية حجة على الناس كافة . فهي إذن حجة بما جاء فيها ، لا على أصحاب الشأن وحدهم ، بل هي أيضاً حجة على الغير^(٢) .

وقد رأينا فيما تقدم كيف تكون حجة على أصحاب الشأن ، فبسطنا متى تقوم هذه الحجية إلى حد الطعن بالتزوير ومتى تقوم حتى يقدم الدليل على العكس .

ونستعرض هنا بالنسبة إلى الغير ما قدمناه بالنسبة إلى أصحاب الشأن ، فنذكر متى تكون الورقة الرسمية حجة على الغير إلى حد الطعن بالتزوير ، ومتى تكون حجة على الغير حتى يقوم الدليل على العكس .

(١) فلو أن ورثة البائع ادعوا أن مورثهم كان مجنوناً وقت إمضاء البيع ، فعليهم إثبات ما ادعوه ، ولهم أن يثبتوه بجميع الطرق دون حاجة إلى الطعن بالتزوير ، وذلك بالرغم مما أثبتته الموثق في الورقة الرسمية من أن البائع كان سليم العقل ، لأن الورقة الرسمية ليست معدة لإثبات ذلك (كولان وكايتان ٢ فقرة ٧٤٤ ص ٥٠٠) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « وتعتبر الورقة الرسمية حجة ، لا بالنسبة للمتعاقدين وحدهم ، بل وبالنسبة للغير كذلك ، شأنها في ذلك شأن الورقة العرفية فيما عدا التاريخ . وقد نص التقنين المراكشى (م ٤١٩) والتقنين المصرى (م ٢٩١/٢٢٦) صراحة على هذا الحكم ، وتبعهما المشروع في ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٥) .

٩٤ - أهمية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير إلى حد الطعن بالتزوير :

قد يكون هناك محل للاحتجاج على الغير بالورقة الرسمية . مثل ذلك مدين يبيع داراً له بورقة رسمية ، ويدعى الدائن أن هذا البيع الرسمي لم يصدر من مدينه ليتمكن بذلك من التنفيذ بحقه على الدار المباعة . ومثل ذلك أيضاً مؤجر العقار يبيعه بورقة رسمية ، ويدعى المستأجر أن البيع لم يصدر من المؤجر وذلك حتى يبقى في العين المؤجرة فلا يخرجها منها المشتري بالرغم من أن عقد الإيجار غير ثابت التاريخ (١) . أو يثبت مؤجر العقار الذي باعه المخالصة بالأجرة عن مدة مستقبلية في ورقة رسمية ، فينكر المشتري صدور هذه المخالصة من المؤجر ليتمكن بعد أن يستبقى المستأجر في العين من مطالبته بهذه الأجرة (٢) .

في هذه الفروض وغيرها تكون للورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير عين الحجية التي لها فيما بين الطرفين على النحو الذي قدمناه . فيستطيع المشتري من المدين ، في المثل الأول ، أن يحتج بالبيع الرسمي على دائن البائع ، ولا يجوز للدائن ، إلى أن يطعن بالتزوير ، أن ينكر ما ورد في الورقة الرسمية من أمور قام بها الموثق في حدود مهمته أو بيانات وقعت من ذوى الشأن في حضوره ، كصدور البيع من المدين وتاريخ الورقة الرسمية وحضور الشهود وصحة التوقيعات وما ذكره الموثق من أن المشتري دفع أمانته الثمن إلى المدين وغير ذلك من الأمور التي فصلناها فيما تقدم في صدد الكلام في حجية الورقة الرسمية فيما بين الطرفين . كذلك في المثل الثاني لا يجوز للمستأجر ، إلى أن يطعن بالتزوير ، أن ينكر ما ورد في ورقة البيع الرسمية الصادرة من المؤجر على النحو الذي قدمناه . وفي المثل الثالث لا يجوز للمشتري ، إلى أن يطعن بالتزوير ، أن ينكر المخالصة بالأجرة الصادرة من المؤجر إلى المستأجر .

وظاهر من الأمثلة التي قدمناها أن الغير الذي يحتج عليه بالورقة الرسمية هو نفس الغير الذي يحتج عليه بالتصرف القانوني ، فهو في المثليين الأولين الدائن وفي المثل الأخير الخلف الخاص . ولما كان التصرف القانوني سارياً في حقه ، فقد

(١) انظر المادة ٦٠٤ فقرة أولى مدني .

(٢) انظر المادة ٦٠٤ فقرة ثانية مدني .

وجب إثباته بالنسبة إليه ، فيثبت بالورقة التي أثبت فيها التصرف على النحو الذي قدمناه (١) .

٩٥ — حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير متى يقوم الدليل

على العكس : ولكن حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير ، كحجيتها فيما بين الطرفين ، لا تمنع الغير من إنكار صحة الوقائع التي أثبتها الموثق في ذاتها ، دون أن يتعرض في ذلك لأمانة الموثق أو صدقه . ولا يحتاج في ذلك إلى الطعن بالتزوير ، بل يكفي أن يقيم الدليل على العكس بالطرق المقررة قانوناً . وله أن ينازع في صحة التصرف أو في نفاذه في حقه وفقاً للقواعد التي قررها القانون . فدائن البائع له أن يطعن بالصورية في البيع الرسمي الصادر من مدينه ، وأن يثبت هذه الصورية بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن لأنه من الغير (٢) . كذلك المستأجر له أن يطعن بالصورية في البيع الرسمي الصادر من المؤجر ، وأن يثبت الصورية بجميع الطرق لأنه من الغير ، وله أيضاً دون أن يطعن في البيع

(١) ويستوى في الاحتجاج على الغير بالتصرف القانوني أن يكون ذلك باعتباره تصرفاً قانونياً أو باعتباره واقعة مادية . فإذا اشترى شخص عقاراً من غير مالكة بعقد بيع أثبت في ورقة رسمية ، فإن هذا البيع ، وهو تصرف قانوني ، يحتج به على مالك العقار كسبب صحيح للملك بالتقادم القصير ، ويكون ذلك باعتبار البيع بالنسبة إلى المالك واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً . ومع ذلك تكون رسمية البيع حجة على المالك ، فلا يستطيع أن ينكر من هذه الورقة الرسمية ما يجب لإنكاره الطعن بالتزوير إلا عن هذا الطريق .

(٢) فيجب إذن التمييز — في حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير كما في حجيتها فيما بين المتعاقدين — بين صحة صدور ما ذكر الموثق أنه رآه يعينه أو سمعه بأذنه (de visu aut de auditu) والتشكك في صحة صدوره يمس بأمانة الموثق وصدقه ومن ثم فلا يجوز الإنكار إلا عن طريق الطعن بالتزوير ، وبين صحة هذه الوقائع ذاتها وهل هي جدية أو صورية وهذا ليس فيه مساس بأمانة الموثق أو بصدقه ومن ثم جاز إنكاره دون طعن بالتزوير ويكفي تقسيم الدليل على العكس بالطرق المقررة قانوناً ، وبين حكم القانون في التصرف الثابت في الورقة الرسمية وهل هو يسري في حق الغير وهل هو مشوب بعيب من عيوب الإرادة وهل له محل مشروع وسبب مشروع وكيف يفسر وما إلى ذلك وهنا لا نعرض للورقة الرسمية التي هي طريق للإثبات (instrumentum) بل نعرض للتصرف القانوني ذاته (negotium) وننزل عليه حكم القانون فلا محل للكلام في الطعن بالتزوير أو الاكتفاء بتقديم الدليل على العكس في هذا الصدد (تولييه ٨ فقرة ١٢٢ — ديرانتون ١٣ فقرة ٨٤ — فقرة ٨٥ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٢٧٩ — أوبري ورود ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٧٤ — ص ١٧٦) .

بالصورية أن يتمسك بأنه لا يسرى في حقه لأن عقد الإيجار ثابت التاريخ وسابق على عقد البيع . ويستطيع المشتري للعين المؤجرة أن يطعن في المخالصة الصادرة من المؤجر إلى المستأجر بالصورية على النحو الذي قدمناه ، كما يستطيع باسم البائع أن يطعن فيها بالغلط أو بالتدليس أو بالإكراه أو بنقص الأهلية أو بغير ذلك من العيوب التي تشوب التصرف القانوني .

ونرى من ذلك أن حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير هي ذات حجيتها فيما بين الطرفين . وكل ما ذكرناه هناك يسرى هنا (١) .

(١) ومن ذلك أيضاً أن البيانات الواردة على سبيل الإخبار (énonciation) في الورقة الرسمية في غير موضوعها ، ولكنها متصلة بالموضوع اتصالاً مباشراً ، تكون لها حجية البيانات الواردة على سبيل التقرير (disposition) في الموضوع ، بالنسبة إلى الغير ، كما أن لها هذه الحجية فيما بين الطرفين . وقد ضرب أوبري ورو لذلك مثلاً سبق ذكره : إقراراً بإيراد مؤبد في ورقة رسمية ، وورد في الورقة أن الإيراد قد نقص بسبب دفع جزء من رأس المال أو أن جميع أقساط الإيراد السابقة قد دفعت ، فهذه البيانات المتصلة بالموضوع اتصالاً مباشراً لها حجية الورقة الرسمية فيما بين الطرفين ، وكذلك تكون لها هذه الحجية بالنسبة إلى الغير . ويتحقق ذلك إذا كان للدائن بالإيراد دائن حاجز أو كان الدائن بالإيراد قد نزل عنه لشخص آخر ، فإورد في الورقة الرسمية من أن جزءاً من رأس المال قد دفع أو أن الأقساط السابقة قد وفيت جميعها تكون له حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الدائن الحاجز أو المتنازل له عن الإيراد . وهذا كله فيما إذا كان الطرفان في الورقة الرسمية يملكان قانوناً التأثير في حقوق الغير ، بأن كان التصرف القانوني (negotium) الذي عقدها فيما بينهما من شأنه أن يسرى في حقه . فإن لم يكن الأمر كذلك ، لم يكن لبياناتهما حجية بالنسبة إلى الغير . فلو ورد في البيع الرسمي أن للدار حق مطلق على العقار المجاور ، لم يكن لهذا البيان حجية بالنسبة إلى صاحب هذا العقار . ولو ورد في هذا البيع الرسمي أن البائع يملك الدار بسند ذكر تاريخه ، لم يكن لهذا البيان أيضاً حجية بالنسبة إلى المالك الحقيقي للدار إذا أراد المشتري أن يحتج عليه بالتقادم القصير ويتمسك بحيازة البائع من التاريخ المذكور في الورقة الرسمية ليضمها إلى مدة حيازته (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٧٧ - ص ١٧٩) . وقد ذكر أوبري ورو (في هامش ص ١٧٧) أن بعض الفقهاء (تولييه ٨ فقرة ١٥٧ و فقرة ١٦١ - ديرانتون ١٣ فقرة ٩٨ - زاخاريه فقرة ٧٥١ مع هامش رقم ١٥) يذهبون إلى أنه لا حجية بالنسبة إلى الغير للبيانات المستقلة عن موضوع الورقة والواردة على سبيل الإخبار ولو كانت متصلة اتصالاً مباشراً بهذا الموضوع ، ولو كان الطرفان يملكان التأثير في حق الغير . ويقول أوبري ورو بحق أن هؤلاء الفقهاء يخلطون بين صحة صدور هذه البيانات من الطرفين ، وهذا له حجية بالنسبة إلى الغير إلى حد الطعن بالتزوير ، وبين صحة الوقائع التي تتضمنها هذه البيانات في ذاتها ، وهذه الوقائع يجوز للغير أن يقيم الدليل على عكسها بالطرق المقررة قانوناً دون حاجة إلى الطعن بالتزوير .

المبحث الثالث

حجية الورقة الرسمية فيما يتعلق بالصور

٩٦ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٩٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا كان أصل الورقة الرسمية موجوداً ، فإن صورتها الرسمية ، خطية كانت أو فوتوغرافية ، تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل .

« ٢ - وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ، ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين . وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل .

وتنص المادة ٣٩٣ على ما يأتي :

« إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية ، كانت الصورة حجة على الوجه الآتي :

(أ) يكون للصور الرسمية الأصلية ، تنفيذية كانت أو غير تنفيذية ، حجة الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل .

(ب) ويكون للصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجة ذاتها ، ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها . ج) أما ما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف »^(١).

(١) تاريخ النصوص — المادة ٣٩٢ : ورد هذا النص في المادة ٣٥ هـ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « ١ — إذا كان أصل الورقة الرسمية موجوداً ، فإن الصور الخطية أو الفوتوغرافية الصادرة من موظف عام كتب الأصل أو حفظه بين أوراقه ، تكون حجة بالقدر الذي يعترف فيه بمطابقة الصورة للأصل . ٢ — ويجوز لكل من الطرفين أن يطلب مراجعة الصورة على الأصل ، على أن يتم ذلك في مواجهتهما . وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يأمر باستحضار الأصل » . وفي لجنة المراجعة اقترح حذف عبارة « الصادرة من موظف عام كتب الأصل أو حفظه بين أوراقه » من الفقرة الأولى لعدم ضرورتها ، مع تعديل الفقرة تعديلاً لفظياً . وكذلك اقترح تعديل الفقرة الثانية لاستظهار قرينة مطابقة الصورة للأصل ما لم ينازع أحد الطرفين =

ويقابل هذان النصان في التقنين المدني القديم المادة ٢٣١/٢٩٦^(١) - ويقابلان في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادتين السابعة والثامنة ، وفي التقنين المدني العراقي المواد من ٤٥٢ إلى ٤٥٤ ، وفي تقنين

= في ذلك ، ولتحتم مضاهاة الصورة على الأصل عند المنازعة وكان هذا الأمر جوازياً للقاضي في المشروع التمهيدى كما رأينا . فقبلت اللجنة الاقتراحين ، وأصبح النص النهائى للمادة مطابقاً لما جاء في التقنين الجديد ، وصارت المادة رقمها ٤٠٥ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل . وكذلك فعلت لجنة الشيوخ ، وأصبح رقم المادة ٣٩٢ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٩ - ص ٣٦٢) .

المادة ٣٩٣ : ورد هذا النص في المادة ٥٣٦ هـ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « أما إذا فقد الأصل ، فتكون الصورة الخطية أو الفوتوغرافية حجة على الوجه الآتى : ١ - يكون للصورة التنفيذية أو للصورة الأولى حجية الأصل إذا صدرت من موظف عام مختص وكان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل . ب - ويكون للصور الخطية أو الفوتوغرافية المأخوذة من الصورة التنفيذية أو الصورة الأولى ذات الحجية إذا صدرت هذه الصورة من موظف عام مختص . ويجوز في هذه الحالة أن يطلب الطرفان إحضار الصورة التنفيذية أو الصورة الأولى ، كما يجوز للقاضي أن يأمر بإحضارها . ج - أما ما يؤخذ بعد ذلك من صور خطية أو فوتوغرافية ، فلا يكون إلا لمحرد الاستثناس تبعاً للظروف » . وفي لجنة المراجعة عدل النص تعديلاً يجعله أدق في تأدية المعنى المقصود ، فأصبح يكاد يكون مطابقاً لما انتهى إليه . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل ، وجعل رقمه ٤٠٦ . وفي لجنة مجلس الشيوخ اتجه الرأى أولاً إلى استبعاد حكم البند « ١ » من النص ، وقيل إن في بقائه خطورة إذ قد تكون الصورة خالية من الشوائب في مظهرها الخارجى ولكنها لا تطابق الأصل ، وعدم وجود هذا الأصل سيكون حائلاً دون تحقيق صحتها ، فإعطاؤها قوة الأصل ينطوى على مجازفة . ورأى أحد الأعضاء ، مع ذلك ، أن تكون للصورة الرسمية الأصلية قوة مبدأ الثبوت بالكتابة . ولكن اللجنة عادت فأبقت النص بعد أن تبينت صحة حكمه من واقع المراجع القانونية . ثم استبدلت في البند « ب » عبارة « الصورة الأصلية التى أخذت منها » بعبارة « الأصل الذى أخذت منه » زيادة في الإيضاح ، وحذفت عبارة « كما يجوز للقاضي أن يأمر بإحضارها » كما أضافت كلمة « رسمية » بعد كلمة « صور » في البند « ج » . وأصبحت المادة رقمها ٣٩٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٣ - ص ٣٦٧) . هذا والمادة ٣٩٣ من التقنين الجديد منقولة عن المادة ٢٩١ من المشروع الفرنسى الإيطالى .

(١) وكانت المادة ٢٣١/٢٩٦ من التقنين المدني القديم تنص على ما يأتى : « إذا قدم الخصم صور سندات غير صورها الواجبة التنفيذ وهى صورها الأولى ، ولم يقدم الأصل ، وكانت الصور المذكورة محررة بمعرفة أحد المأمورين العموميين ، فللقاضي النظر في درجة اعتماد تلك الصور ، وعلى كل حال فإنها تعتبر في مقام مبادئ الثبوت بالكتابة » . وسنبسط حكم هذا النص ونقارن ما بين التقنينين القديم والحديث فيما يلى .

أصول المحاكمات المدنية اللبناني المواد من ١٧٣ إلى ١٧٦ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٣٧٩ و ٣٨٠ (١) — ويقابلان في التقنين المدني الفرنسي المادتين

(١) التقنينات العربية الأخرى — قانون البينات السوري م ٧ : ١ — إذا كان أصل السند الرسمي موجوداً ، فإن الصور الخطية والفوتوغرافية التي نقلت منه وصدرت عن موظف عام في حدود اختصاصه تكون لها قوة السند الرسمي الأصلي بالقدر الذي يعترف فيه بمطابقة الصورة للأصل . ٢ — وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ، ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين ، وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل — م ٨ : إذا لم يوجد أصل السند الرسمي ، كانت الصورة الخطية أو الفوتوغرافية حجة على الوجه الآتي : ١ — يكون للصورة الأولى قوة الأصل إذا صدرت من موظف عام مختص وكان مظهرها الخارجي لا يتطرق معه الشك في مطابقتها للأصل . ب — ويكون للصورة الخطية أو الفوتوغرافية المأخوذة من الصورة الأولى نفس القوة إذا صدرت من موظف عام مختص يصادق على مطابقتها للأصل الذي أخذت منه . ويكون لكل من الطرفين أن يطلب مراجعة هذه الصورة على الصورة الأولى على أن تتم المراجعة في مواجهة الخصوم . ج — أما الصورة المأخوذة عن الصورة الثانية فيمكن الاستئناس بها تبعاً للظروف .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني — م ١٧٣ : إن إبراز نسخة من السند مع وجود السند الأصلي لا يفي عن إبراز هذا السند ، إذ أنه يجوز التثبت بإبراز السند الأصلي في كل حين — م ١٧٤ : إذا فقد السند الأصلي يستعاض عنه بالنسخة الرسمية — م ١٧٥ : إن إدراج السند الرسمي في السجلات الرسمية لا يصلح إلا كبداية بينة خطية ، ويجب مع ذلك أن يثبت فقدان جميع الأصول المحفوظة عند الكاتب العدل والمختصة بالسنة التي يظهر أن السند أنشئ في خلالها أو أن تقام البينة على أن فقدان أصل هذا السند نتج عن حادث خاص — م ١٧٦ : إذا ظهر من نسخة السند في الحالة المبينة في المادة السابقة — أن السند أنشئ بحضور شهود ، وجب دعوة هؤلاء الشهود أمام القاضي .

التقنين المدني العراقي — م ٤٥٢ : ١ — إذا كان أصل السند الرسمي موجوداً ، فإن صورته الرسمية ، خطية كانت أو فوتوغرافية ، الصادرة من موظف عام مختص ، تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل . ٢ — وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ، ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين ، وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل — م ٤٥٣ : إذا لم يوجد السند الرسمي ، كانت الصورة حجة على الوجه الآتي : ١ — يكون للصورة الرسمية الأصلية ، تنفيذية كانت أو غير تنفيذية ، حجية الأصل إذا كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل . ب — وتكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية الحجية ذاتها . ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين مراجعتها على الأصل الذي أخذت منه . ج — أما ما يؤخذ من صور للصورة المأخوذة من الصور الأصلية فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف — م ٤٥٤ : الوثائق الرسمية ، كالبراءات والقوانين والإرادات الملكية وشهادات الاختراع والعلامة الفارقة والجنسية وأحكام المحاكم وسجلات التدوية وسندات الطابو الدائمة وسندات الطابو ، تكون حجة على الناس كافة بما دون بها ، ما لم يظن فيها بالتزوير . =

١٣٣٤ و ١٣٣٥ (١) .

= التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة : م ٣٧٩ و ٣٨٠ : مطابقتان للمادتين ٣٩٢ و ٣٩٣ من التقنين المدنى المصرى .

ويتبين من مطالعة هذه النصوص أن أحكام التقنينات العربية الأخرى فى هذه المسألة تطابق أحكام التقنين المصرى ، وذلك فيما عدا فروقاً بسيطة فى التقنين اللبنانى .

(١) التقنين المدنى الفرنسى — م ١٣٣٤ : إذا كان أصل السند باقياً ، فلا يكون لصوره من الحجية إلا بما ورد فى الأصل ، ويجوز دائماً المطالبة بإبراز الأصل . م ١٣٣٥ : إذا فقد أصل السند ، كانت الصور حجة على الوجه الآتى : ١ — يكون للصور التنفيذية أو الصور الأولى حجية السند الأصلية . وكذلك الحال بالنسبة إلى الصور التى أمر بأخذها القاضى بحضور أصحاب الشأن أو بعد دعوتهم للحضور ، وبالنسبة إلى الصور التى أخذت بحضور أصحاب الشأن وبتراض منهم . ٢ — الصور التى أخذت ، بعد تسليم الصور التنفيذية أو الصور الأولى ، ومن غير أمر القاضى أو تراضى الخصوم ، من أصل السند بواسطة الموثق الذى تلقاها أو أحد من خلفائه أو موظف عام يحفظ بحكم وظيفته أصول السندات ، يجوز أن تكون لها حجية الأصل ، إذا فقد الأصل ، بشرط أن تكون قديمة . وتعتبر قديمة إذا كان قد مضى عليها أكثر من ثلاثين سنة . فإن كان قد مضى عليها أقل من ثلاثين سنة ، فلا تصلح إلا مبدأً ثبوت بالكتابة . ٣ — إذا كانت الصور المأخوذة من أصل السند لم يأخذها الموثق الذى تلقاها أو أحد من خلفائه أو موظف عام يحفظ بحكم وظيفته أصول السندات ، فهى لا تصلح ، مهما كانت قديمة ، إلا مبدأً ثبوت بالكتابة . ٤ — أما صور الصور فيجوز الاستئناس بها تبعاً للظروف . (انظر أيضاً المادة ١٣٣٦ من التقنين المدنى الفرنسى . وهى تقابل المادة ١٧٦ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى ، وقد تقدم ذكرها) .

وهذا هو الأصل الفرنسى لهذه النصوص :

Art. 1334 : Les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée.

Art. 1335 : Lorsque le titre original n'existe plus, les copies font foi d'après les distinctions suivantes :

1o. Les grosses ou premières expéditions font la même foi que l'original ; Il en est de même des copies qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées, ou de celles qui ont été tirées en présence des parties et de leur consentement réciproque.

2o. Les copies qui, sans l'autorité du magistrat, ou sans le consentement des parties, et depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, auront été tirées sur la minute de l'acte par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, peuvent, en cas de perte de l'original, faire foi quand elles sont anciennes. Elles sont considérées comme =

(م ١١ الوسيط — ج ٢)

٩٧ - الأصل والصورة : وتعرض هذه النصوص لحجية صور

الورقة الرسمية . ذلك أن كل ما قدمناه في حجية الورقة الرسمية إنما يرد في حجية أصل الورقة لا في حجية صورها . والفرق بين الأصل والصورة أن الأصل هو الذى يحمل التوقيعات إذ أن جميع من وقعوا الورقة الرسمية إنما وقعوا على الأصل ، هذا إلى أن الأصل هو الورقة بعينها التى صدرت من الموثق . أما صورة الورقة الرسمية فهى لا تحمل التوقيعات وليست هى التى صدرت من الموثق ، بل هى منقولة عن الأصل بواسطة موظف عام مختص ، فهى من هذه الناحية ورقة رسمية ولكن رسميتها فى أنها صورة لا فى أنها أصل^(١) . والمفروض أنها مطابقة للأصل مطابقة تامة ، بما ورد فى الأصل من بيانات وما يحمله من توقيعات .

ولا فرق بين الصورة الخطية والصورة الفوتوغرافية مادامت كلتاها صورة

= anciennes quand elles ont plus de trente ans. Si elles ont moins de trente ans, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit.

30. Lorsque les copies tirées sur la minute d'un acte ne l'auront pas été par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, elles ne peuvent servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuves par écrit.

40. Les copies des copies pourront, suivant les circonstances, être considérées comme simples renseignements.

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « والأصل فى حجية الورقة الرسمية أن تكون قاصرة على نسختها الأصلية ، كما تقضى بذلك صراحة المادة ١٩٢٥ من التقنين الهولندى . ويتفرع على ذلك أن الصور الخطية أو الشمسية والصور التنفيذية والصور الأولى لا تكون بذاتها حجة فى الإثبات ، مع أن موظفاً عاماً يستوثق من مطابقتها للأصل . وهذه العلة ذكر النص على وجه التحديد أن الصور تكون حجة بالقدر الذى يعترف فيه بمطابقتها للأصل ، مع مراعاة القيد الآتى : فلذى الشأن من الطرفين أن يطلب مراجعة الصورة على الأصل فى مواجهة الطرف الآخر . ومؤدى هذا أن مجرد إنكار مطابقة الصورة للأصل يكتفى للإلزام بتقديم الأصل ولو لم يكن هذا الإنكار معززاً بدليل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦١) .

والمشروع التمهيدى — كما رأينا — لم يلزم القاضى باستحضار الأصل ، بل أجاز له ذلك ، فجعل استحضار الأصل محلاً لتقديره . ولكن المشروع النهائى جعل استحضار الأصل لازماً على القاضى .

رسمية ، بل لعل الصورة الفوتوغرافية هي الأدق من الناحية الفعلية^(١) .

أما إذا كانت صورة الورقة الرسمية ليست هي ذاتها صورة رسمية بل صورة عرفية ، فليست لها أية حجية .

وتقل حجية الصورة الرسمية عن حجية الأصل . وليبان ذلك يجب أن نميز بين فرضين : (أولاً) إذا كان الأصل موجوداً (ثانياً) إذا كان الأصل غير موجود^(٢) .

٩٨ — حجية الصورة إذا كان الأصل موجوداً : بينما فيما تقدم أن أصل الورقة الرسمية يبقى محفوظاً في مكتب التوثيق الذي وثق الورقة . ومن ثم كانت الحالة الغالبة في حجية الصورة هي حالة ما إذا كان الأصل موجوداً ، إذ قل أن ينعدم هذا الأصل .

وإذن يشترط لقيام هذا الفرض شرطان : (١) أن يكون أصل الورقة الرسمية موجوداً حتى يمكن الرجوع إليه عند الحاجة . (٢) أن تكون الورقة التي يحتاج بها ليست هي هذا الأصل ، بل صورة من الأصل . ولكن يشترط في هذه الصورة أن تكون صورة رسمية ، فلو كانت صورة عرفية فلا يعتد بها كما قدمنا . وبكفى أن تكون صورة رسمية ، دون حاجة إلى أن تكون صورة مأخوذة من الأصل بطريق مباشر . فقد تكون مأخوذة مباشرة من الأصل ، وفي هذه الحالة قد تكون هي الصورة التنفيذية (grosse) أو تكون صورة أولى بسيطة (expédition) . وقد تكون مأخوذة من صورة مأخوذة من الأصل ، أو من صورة مأخوذة عن صورة من الأصل ، أيأ كان عدد الصور الرسمية التي توسطت بينها وبين الأصل . فما دام الأصل (minute) موجوداً فانه يكفي في الصورة أن

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « ويراعى أن النص سوى في الحكم بين الصور الشمسية (الفوتوغرافية) والصور الخطية إزاء شيوع الركون إلى طريقة التصوير الشمسى بالنسبة للأوراق الرسمية في مصر . وقد قضت المادة ٤٤٠ من التقنين المراكشى على انسحاب الحكم نفسه على الصور الشمسية للأوراق المنقولة عن الأصل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٠ — ص ٣٦١) .

(٢) حتى ولو لم يكن مفقوداً ، ما دام أن تقديمه متعذر . ومن هنا عدلت العبارة التي في صدر المادة ٣٩٣ فصارت : « إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية » ، وكانت في المشروع التمهيدى : « أما إذا فقد الأصل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٣) .

تكون صورة رسمية فحسب ، إذ يمكن دائماً مضاهاتها على الأصل .

ومتى توافر هذان الشرطان ، كان للصورة الرسمية ، خطية كانت أو فوتوغرافية ، حجية في الإثبات بفضل قرينة قانونية وردت في الفقرة الثانية من المادة ٣٩٠ ، إذ قضى هذا النص بأن « تعتبر الصورة مطابقة للأصل ، ما لم ينزع في ذلك أحد الطرفين ، وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل » . ومن ذلك يتبين أن القرينة هنا قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس .

فهى أولاً قرينة قانونية على المطابقة . وصاحب المصلحة يقتصر على تقديم الصورة . وهى التى تكون معه غالباً ، دون الأصل المودع فى مكتب التوثيق . وعند ذلك يعتبرها القاضى مطابقة للأصل دون أى تحقيق ، ويجعل لها حجية الإثبات التى للأصل على التفصيل الذى قدمناه . ولكن الحجية هنا إنما تأتى من افتراض مطابقة الصورة للأصل ، فهى إذن حجية مستمدة من الأصل لا من الصورة .

وهى ثانياً قرينة قابلة لإثبات العكس . فللخصم أن ينزع فى مطابقتها للأصل . ومجرد المنازعة يكفى لإسقاط القرينة ^(١) . وعند ذلك يتعين على المحكمة تحقيق

(١) وقد كان المشروع التمهيدى فى الفقرة الثانية من المادة ٥٣٥ ، على ما رأينا ، يجرى على الوجه الآتى : « ويجوز لكل من الطرفين أن يطلب مراجعة الصورة على الأصل ، على أن يتم ذلك فى مواجهتهما . وفى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يأمر باستحضار الأصل » . فمجرد المنازعة فى المطابقة لا يكفى لإسقاط القرينة ، بل يترك ذلك إلى تقدير القاضى ، فإن رأى استبقاء القرينة قائمة دون مضاهاة فعل ، وإلا استحضر الأصل وضاهى عليه الصورة . وفى هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « بيد أن العمل جرى على الاعتداد بحجية الصور الخطية والشمسية واعتبارها مطابقة للأصل متى انتفت كل شبهة فى حقيقة هذه المطابقة . فليست قيمة هذه الصور فى الإثبات بموقوتة أو منفاة بمجرد المنازعة فى مطابقتها لأصولها . على أن المشروع قصد إلى تحسائى استغلال مجرد الإنكار فى إطالة أمد الخصومات واللدد فيها ، فنص فى الفقرة الثانية من المادة المتقدم ذكرها على أنه (يجوز للقاضى أن يأمر باستحضار الأصل) . فللقاضى والحال هذه سلطة تقدير جدية الإنكار ، دون أن يخل ذلك بواجبه فى الاعتداد بما لمن يحتج عليه بالصورة الشمسية أو الخطية من حق غير منازع فى المطالبة بتقديم الأصل . فإذا انتفى كل شك فى أن الإنكار لا يقصد منه إلا إلى إطالة أمد النزاع ، كان للقاضى ألا يأمر باستحضار الأصل . وليس شك فى أن من الأنسب تخويل القاضى سلطة التقدير فى هذا الشأن ، ولا سيما أن =

مطابقة الصورة المقدمة لأصلها . وتصدر لهذا الغرض قراراً بضم الأصل إلى ملف الدعوى ، وينتقل القاضى المنتدب إلى مكتب التوثيق ، ويحرر بحضوره صورة مطابقة للأصل ويحرر بذيلها محضر يوقعه القاضى والموثق وكاتب المحكمة ، ثم يضم الأصل إلى ملف النزاع ، وتقوم الصورة مقام الأصل حين رده (م ١٠)
فقرة ٢ من قانون التوثيق وقد مر ذكرها) . ومتى ضم الأصل إلى ملف الدعوى أمكن للمحكمة مضاهاة الصورة عليه ، فان وجدت مطابقة للأصل ثبتت لها حجته ، وإلا استبعدت وبقي الأصل هو المستند فى الدعوى بحجته المعروفة .

وهذا الذى قررناه فى شأن حجية الصورة الرسمية إذا كان الأصل موجوداً هو ما كان متبعاً دون نص فى التقنين المدنى السابق^(١) .

= شيوخ طريقة التصوير الشمى يقضى على الكثير من أسباب الخطأ فى الصور التى تنقل بالخط أو بالآلة الكاتبة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦١) .

وقد رأينا أن المشروع النهائى أدخل تعديلاً على المشروع التمهيدى فى هذه المسألة ، وجعل لزاماً على القاضى استحضار الأصل للمضاهاة بمجرد منازعة الخصم فى المطابقة . وبهذا المعنى صدر التقنين الجديد . ويوجه هذا رأى اعتبار منطوق : إن الاحتجاج بورقة ، ولو كانت رسمية ، على خصم إنما يكون بتوقيع هذا الخصم عليها ، والصورة لا تحمل هذا التوقيع ، والذى يحمل التوقيع هو الأصل ، فإدام الأصل موجوداً ، وطلب الخصم استحضاره ، فالأصل وحده هو الذى يحتج به عليه ، ووجب استحضاره لمضاهاة الصورة عليه . وحتى إذا تبين من المضاهاة مطابقة الصورة للأصل ، فالأصل لا الصورة هو الذى يحتج به على الخصم فالحجية إذن ، حتى عند مطابقة الصورة للأصل ، إنما تثبت للأصل دون الصورة كما قدمنا .

(١) وقد ورد فى الموجز للمؤلف شرحاً للتقنين القديم فى هذا الصدد ما يأتى : «وقد رأينا فيما قدمناه أن ذوى الشأن فى الورقة الرسمية لا يحصلون إلا على صور منها ، أما الأصل فيبقى محفوظاً فى قلم كتاب المحكمة . فإذا كان الأصل موجوداً لم تقم الصورة مقامه فى الإثبات إلا إذا سلم الخصم بمطابقة الصورة للأصل . فإذا لم يسلم بذلك ، وطلب الرجوع إلى الأصل وهو وحده الذى يحمل توقيعه ، أجيب إلى طلبه ، وانتدبت المحكمة قاضياً لاستلام الأصل مع كتابة صورة منه توضع مكان الأصل مؤقتاً حتى يرد الأصل » . (الموجز فقرة ٦٢٩ ص ٦٦١ — ص ٦٦٢) .
وواضح مما ورد فى الموجز أن الصورة تنتفع بادئ ذى بدء بقريئة المطابقة ، وتنتفى هذه القريئة بمجرد إنكار الخصم مطابقة الصورة للأصل ، وعندئذ يؤتى بالأصل لمضاهاة الصورة عليه . والحجية ، حتى عند التحقق من المطابقة ، إنما تثبت ، فى التقنين القديم كما فى التقنين الجديد ، للأصل لا للصورة (قارن استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٣٢) .

وهذا هو أيضاً حكم القانون المدنى الفرنسى (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٠ ص ٢٧٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٨) .

٩٩ - أهمية الصورة إذا كان الأصل غير موجود : هنا يميز التقنين

المدنى الجديد (م ٣٩٣) بين حالات ثلاث : (١) حالة الصور الرسمية الأصلية ، أى الصور الرسمية المأخوذة مباشرة من الأصل . (٢) حالة الصور الرسمية المأخوذة من الصور الرسمية الأصلية . (٣) حالة الصور الرسمية المأخوذة من الصور الرسمية للصور الرسمية الأصلية .

وأصل الورقة الرسمية لا يفقد إلا نادراً كما قدمنا ، إذ هو دائماً محفوظ فى مكتب التوثيق أو فى قلم كتاب المحكمة الذى وثقه وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ولكن يقع أن يفقد الأصل إذا قدم العهد به ، أو قبل ذلك بسبب حريق أو سرقة أو أى عارض آخر . ويقع على الخصم المتمسك بالصورة عبء إثبات فقد الأصل (١) .

١٠٠ - أهمية الصور الرسمية الأصلية : وهذه كما قدمنا الصور

الرسمية التى تنقل مباشرة من الأصل (original, minute) وتشمل : (أولاً) الصورة التنفيذية ، وهى الصورة الرسمية التى تنقل مباشرة من الأصل وتوضع عليها الصيغة التنفيذية . ولا تعطى إلا لأصحاب الشأن ، ومرة واحدة ، فلا يجوز تسليم صورة تنفيذية ثانية إلا بقرار من قاضى الأمور المستعجلة (م ٩ قانون التوثيق) . ويسمىها الفرنسيون (grosse) لأنها تكتب بحروف مكبرة ، بخلاف الأصل والصور الأخرى فهى تكتب بحروف عادية . (ثانياً) الصورة الأصلية الأولى (première expédition) ، وهى التى تنقل من الأصل عقب التوثيق لإعطائها لذوى الشأن دون أن توضع عليها الصيغة التنفيذية . وهى لا تعطى إلا لذى شأن (٢) ، ويؤشر الموثق بالتسليم فى أصل المحرر ويوقع هذا التأشير (م ٨ قانون التوثيق وم ١٩ لائحة قانون التوثيق) . (ثالثاً) الصورة الأصلية البسيطة (simple expédition) ، وتنقل هى أيضاً مباشرة من الأصل ،

(١) وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يقع على من يتمسك بالصور الخطية أو الشمسية عبء إقامة الدليل على فقد الأصل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٥) .
(٢) وعقب التوثيق كما قدمنا . ولا توضع عليها الصيغة التنفيذية ، إما لأن ذا الشأن لا حاجة به للتنفيذ ، وإما لأن موضوع الورقة لا يدع محلاً للتنفيذ كالتوكيل الرسمى .

ولكنها لا تنقل إلا بعد التوثيق بمدة من الزمن . ويجوز دائماً إعطاؤها لذوى الشأن . ولا يجوز إعطاؤها للغير إلا بعد الحصول على إذن من قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة التى يقع مكتب التوثيق فى دائرتها (م ٨ قانون التوثيق) .
(رابعاً) الصورة الرسمية التى تحرر بحضور القاضى المنتدب عند صدور قرار من سلطة قضائية بضم الأصل إلى ملف الدعوى . وهى صورة تحرر مطابقة للأصل ، ويحرر بذيلها محضر يوقعه القاضى والموثق وكاتب المحكمة ، وتقوم مقام الأصل إلى حين رده كما سبق القول (م ١٠ فقرة ٢ قانون التوثيق) .

هذه كلها صور رسمية أصلية ، ولها جميعاً حجية واحدة هى حجية الأصل المفقود ، وذلك متى كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها للأصل^(١) . أما إذا كان المظهر الخارجى للصورة يبعث على الشك فى أن يكون

(١) وهذا هو الرأى الذى ذهب إليه الأستاذ سليمان مرقس فى كتابه أصول الإثبات (فقرة ٥٠٢ مكررة ص ٦٧ — ص ٦٩) ، ونفى أن يكون المقصود من النص الاقتصار ، فى إعطاء حجية الأصل ، على الصورة التنفيذية (grosse) والصورة الأصلية الأولى (première expédition) ، بل جعل النص يعم الصورة الأصلية البسيطة (simple expédition) ، والصورة الرسمية التى تحرر بحضور القاضى المنتدب عند صدور قرار من سلطة قضائية بضم الأصل إلى ملف الدعوى . وهذا الرأى فى نظرنا هو الصحيح ، فإن عبارة « الصور الرسمية الأصلية » تنفيذية كانت أو غير تنفيذية « الواردة فى النص عبارة عامة تشمل هذه الحالات جميعاً . ولا يوجد ما يبرر قصرها على الحالتين الأوليين — الصورة التنفيذية والصورة الأصلية الأولى — دون غيرهما . (انظر أيضاً فى هذا المعنى الدكتور عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ٩٥) .

وقد قصر الأستاذ أحمد نشأت (الإثبات ١ فقرة ١٧٢ — فقرة ١٧٣) هذه العبارة على الحالتين الأوليين (الصورة التنفيذية والصورة الرسمية الأولى) ، وأخرج من النص حالة الصورة الأصلية البسيطة — والظاهر أنه يرى وجوب اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة عن طريق الاجتهاد لا عن طريق النص انظر ص ١٦٣ — كما أخرج حالة الصورة الرسمية التى تحرر بحضور القاضى المنتدب ورجع فيها إلى المادة العاشرة من قانون التوثيق وتنص صراحة على أن تقوم الصورة مقام الأصل حين رده .

وقد تأثر الأستاذ أحمد نشأت فى رأيه هذا بما كان عليه التقنين القديم ، فسرى أن هذا التقنين كان ، على غرار التقنين الفرنسى ، يفرق بين الصورة الأصلية الأولى تنفيذية كانت أو غير تنفيذية فيولها حجية الأصل ، وبين الصورة الأصلية البسيطة فلا يولها حتماً حجية الأصل ولكن لا ينزل بها عن مرتبة مبدأ الثبوت بالكتابة (وفى التقنين الفرنسى تكون لها حجية الأصل إذا مضى عليها ثلاثون سنة وإلا فهى مبدأ ثبوت بالكتابة) . وقد كان النص العربى المشروع التمهيدى — كما لاحظ بحق الأستاذ سليمان مرقس فى كتابه أصول الإثبات ص ٦٩ —

قد عبث بها ، كما إذا وجد كشط أو محو أو تحشير أو نحو ذلك ، فإن الصورة تسقط حجيتها في هذه الحالة (١) .

ويتبين من ذلك أن الصورة الرسمية الأصلية سليمة المظهر الخارجى تكون لها حجية الأصل على النحو الذى قدمناه . وتستمد هذه الحجية ، لا من الأصل فهو غير موجود فرضاً ، بل منها ذاتها (٢) ، وذلك بالرغم من أنها لا تحمل توقيع الخصم ولا تمكن مضاهاتها على الأصل المفقود . ومن ثم ندرك ما ينطوى عليه هذا الحكم من جرأة . ومن أجل هذا اتجه رأى لجنة مجلس الشيوخ في البداية إلى استبعاده ، « لأن في بقاءه خطورة إذ قد تكون الورقة خالية من الشوائب في مظهرها الخارجى ولكنها لا تطابق الأصل ، وعدم وجود هذا

= يؤيد هذا رأى . فقد وردت المادة ٥٣٦ من هذا المشروع - وهى أصل المادة ٣٩٣ - على الوجه الآتى : « يكون للصورة التنفيذية أو للصورة الأولى حجية الأصل » ، (انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٥) ، وكان هذا يغير الأصل الفرنسى للنص وهو : *Les grosses et toutes expéditions font la même foi que l'original* فلم يفرق هذا النص الفرنسى بين صورة أصلية أولى وصورة أصلية بسيطة ، بل جعل لكل الصور الأصلية حجية الأصل ، وهذا نقلاً عن المادة ٢٩١ من المشروع الفرنسى الإيطالى كما سبق القول . وقد عدل النص العربى في لجنة المراجعة - كما رأينا - فأصبح على الوجه الآتى : « يكون للصور الرسمية الأصلية ، تنفيذية كانت أو غير تنفيذية ، حجية الأصل » . ومن ثم لم يعد هناك محل للتمييز بين الصورة الأصلية الأولى والصورة الأصلية البسيطة ، فكلاهما له حجية الأصل .

على أن الأستاذ سليمان مرقس (أصول الإثبات ص ٦٨ هامش رقم ١) لا يزال يفضل - من الناحية التشريعية لا من الناحية التفسيرية للتشريع القائم - التمييز بين الصورة الأصلية الأولى ، ويوليها حجية الأصل ، والصورة الأصلية البسيطة ، ويجعلها خاضعة لتقدير القاضى ، « إذ يمكن - كما يقول - أن نتصور أن يتواطأ الموظف المختص مع أحد ذوى الشأن ويعطيه صورة محورة من عقد رسمى محفوظ لديه ليست هى الصورة الأولى ، على أن يخفى هذا الأصل أو يعدمه بعد ذلك ، فالتقنين الجديد يعطى هذه الصورة المحورة حجية الأصل ويغضى ما وقع فيها من تحوير فلا يجوز إثبات عدم صحتها إلا بالطعن بالتزوير » . ومهما قيل من أن احتمال تواطؤ الموظف المختص يكون أكبر في الصورة الأصلية البسيطة منه في الصورة الأصلية الأولى ، فلا شك في أن إثارة هذا التواطؤ - أياً كانت احتمالاته - لا يجوز أن تكون إلا عن طريق الطعن بالتزوير .

(١) وقد تكون ، تبعاً للظروف ، مبدأ ثبوت بالكتابة ، إذا توافرت فيها الشروط الواجبة لذلك .

(٢) وذلك بخلاف ما إذا كان الأصل موجوداً ، فقد قدمنا أن الصورة تستمد حجيتها لا منها ذاتها بل من الأصل الموجود .

الأصل سيكون حائلاً دون تحقيق صحتها ، وإعطاؤها قوة الأصل فيه خطورة كبيرة . ولكن اللجنة عدلت عن هذا الرأي ، واستبقت الحكم بعد استيثاقها من أنه هو الحكم الصحيح ، وإن كان يعتبر استثناء من القواعد العامة (١) .

١٠١ - هجية الصور الرسمية المأخوذة من الصورة الرسمية

الأصلية : وهذه ليست الصور الرسمية الأصلية (expéditions) التي نقلت مباشرة من الأصل ، بل هي صور رسمية نقلت من الصور الرسمية الأصلية . فهي لا تعتبر صوراً من الأصل إلا بطريق غير مباشر .

ولذلك لا يجوز أن تكون لها حجية أكبر من حجية الصور الأصلية التي هي ليست إلا صوراً منها ، وبشرط أن تكون الصور الأصلية موجودة حتى إذا طلب أحد الطرفين مضاهاتها على أصلها أمكن ذلك . ومن ثم لا تكون للصورة المأخوذة من الصورة الأصلية حجية مستمدة من ذاتها ، بل هي تقتصر على التمتع بقريئة المطابقة للصورة الأصلية ، وتنتفي القريئة بمجرد إنكار أحد الطرفين لهذه المطابقة (٢) ، وعندئذ يتعين إحضار الصورة الأصلية للمضاهاة . فان وجدت الصورة الثانية مطابقة لها ، كانت لها حجيتها على التفصيل الذي قدمناه في حجية الصور الأصلية ، ذلك أن هذه الحجية مستمدة كما قدمنا من الصورة الأصلية لا من الصورة الثانية . أما إذا وجدت الصورة الثانية غير مطابقة للصورة الأصلية ، استبعدت تلك واستبقيت الصورة الأصلية وهي التي تكون لها الحجية في كل حال .

بقي فرض ما إذا كانت الصورة الأصلية غير موجودة فلا يمكن مضاهاة الصورة الثانية عليها . ونرى في هذه الحالة ، أمام سكوت النص ، ألا تكون للصورة الثانية حجية محددة ، ولا يعتد بها إلا لمجرد الاستثناس ، شأنها في ذلك

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٦ . وقد سبق ذكر ذلك .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدي (م ٥٣٦ بند ب) يجيز أيضاً للتقاضى ، من غير طلب الخصوم ، أن يأمر بإحضار الصورة الأصلية للمضاهاة . ولكن المشروع النهائي خرج خلواً من هذا الجواز ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٤ و ص ٣٦٥) .

شأن صور الصور المأخوذة من الصور الأصلية ، وهى التى تنتقل الآن إليها (١).

١٠٢ - أهمية صور الصور المأخوذة من الصور الأصلية :

وهنا تتعدد الحلقات ، وتنفرج المسافة ما بين الصورة والأصل . فالصورة التى يحتاج بها ليست إلا صورة لصورة مأخوذة من الصورة الأصلية . فهى بالنسبة إلى الأصل صورة صورة الصورة ، أى الصورة الثالثة .

فان كانت الصورة الأصلية موجودة وجب استحضارها ، وهى التى تثبت لها حجية الأصل على التفصيل الذى قدمناه . بل إن الصورة الثالثة لا تتمتع بقرينة مطابقتها للصورة الأصلية ، بخلاف الصورة الثانية فانها تتمتع بقرينة هذه المطابقة ، وبخلاف الصورة الأصلية فانها تتمتع بقرينة مطابقتها للأصل ، وقد تقدم ذكر ذلك . وسواء كانت الصورة الثالثة مطابقة للصورة الثانية فى حالة وجود هذه أو غير مطابقة ، فهذا لا أهمية له ، بل لا فائدة من تحقيق هذه المطابقة . والمهم هو مطابقة الصورة الثالثة للصورة الأصلية إن وجدت هذه .

فان كانت الصورة الأصلية هى أيضاً مفقودة كالأصل ، فان الصورة الثالثة - طابقت الصورة الثانية أو لم تطابق - لا تكون لها حجية ، ولا يعتد بها

(١) ويرى الأستاذ سليمان مرقس (أصول الإثبات ص ٧٠) أنه «إذا كانت الصورة الأصلية فى هذه الحالة قد فقدت كما فقد أصل الورقة الرسمية ، أمكن اعتبار الصورة غير الأصلية بمثابة صورة أصلية من الصورة الأصلية المفقودة وإجراء حكم الفقرة (١) عليها ، فتكون لها حجية هذه الصورة الأخيرة متى كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها لها » . ولا نميل للأخذ بهذا رأى دون نص صريح يقضى به ، فقد رأينا أن الأخذ بحكم مماثل فى حالة تحديد حجية الصورة الأصلية عند فقد الأصل كان مستنداً إلى نص صريح ، وعد مع ذلك نصاً جريئاً . ويرى الأستاذ أحمد نشأت (الإثبات ١ فقرة ١٧٣) أن الصورة الثانية فى هذه الحالة يجب أن يعترف لها بقيمة مبدأ الثبوت بالكتابة على الأقل . وهذا هو أيضاً رأى الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة (الإثبات ص ١٠٤) .

وقد تقضى الظروف باعتبار الصورة الثانية إثباتاً كاملاً للحق إذا كان صاحب الحق نفسه متعنتاً لا يريد تقديم المستند الأصل . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا رفض التاجر المفلس أن يقدم السند الأصل لعقد البيع الصادر له ، كان للسند أن يقدم صورة تسجيل هذا العقد (والتسجيل ذاته صورة أصلية من السند الأصلى فصورته تكون إذن صورة للصورة الأصلية) مستنداً لحق التاجر المفلس فى ملكية الشيء المبيع إذا رفع الغير دعوى استحقاق يطالب بهذه الملكية (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩٥) .

إلا لمجرد الاستثناس تبعاً للظروف ، باعتبارها مجرد قرينة ^(١) . فهي إذن لا تصلح حتى مبدأ ثبوت بالكتابة .

ومن ثم يتبين أن الصورة الثالثة — ومن باب أولى أية صورة دونها ^(٢) — لاحجية لها في ذاتها . فان وجدت الصورة الأصلية ، كانت الحجية لهذه الصورة . وإن كانت الصورة الأصلية مفقودة ، سواء وجدت الصورة الثانية أو لم توجد ، فلا يعتد بالصورة الثالثة إلا لمجرد الاستثناس كما قدمنا ^(٣) .

١٠٣ — أمطام التقنين المدني السابق : أما التقنين المدني السابق فقد تضمن نصاً واحداً في هذه المسألة . فقد كانت المادة ٢٣١/٢٩٦ تنص على أنه : « إذا قدم الخصم صور سندات غير صورها الواجبة التنفيذ وهي صورها الأولى ، ولم يقدم الأصل ، وكانت الصور المذكورة محررة بمعرفة أحد المأمورين العموميين ، فللقاضي النظر في درجة اعتماد تلك الصور . وعلى كل حال فانها تعتبر في مقام مبادئ الثبوت بالكتابة » . والنص الفرنسي لهذه المادة في القانون الأهلي أدق من هذا النص العربي ، فقد كان يجري على الوجه الآتي .

“La valeur probante des copies de titres autres que les expéditions exécutoires ou premières expéditions, quand ces copies auront été faites par des officiers publics, sera appréciée par le juge si l'original n'est pas représenté ; ces copies vaudront au moins un commencement de preuve par écrit”.

ويتبين من المقابلة بين النصين العربي والفرنسي أن هناك خلافاً فيما بينهما . فالنص العربي يجعل الصور التنفيذية هي الصور الأولى ، إذ يقول : « غير

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٥ .
(٢) ويدخل في ذلك أية صورة أخذت ، مباشرة أو بطريق غير مباشر ، من صورة مأخوذة من صورة للصورة الأصلية ، مهما تعددت الصور التي تفصل ما بين الأصل والصورة التي يراد الاحتجاج بها .

(٣) وهذا هو الرأى الذى يقول به الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة (الإثبات ص ١٠٤) — هذا وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بعد ذلك ما يأتى : « أما المقتطفات والمستخرجات والصور الجزئية فللقاضي سلطة تقديرها . وغنى عن البيان أن هذه المقتطفات والصور تقتصر قيمتها على الشق الذى ينقل فيها عن الأصل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٥) .

صورها الواجبة التنفيذ وهي صورها الأولى. أما النص الفرنسي فيجعل الصور الأولى شيئاً غير الصور التنفيذية ، إذ يقول (expéditions exécutoires ou premières expéditions) . والصحيح هو النص الفرنسي ، فالصور الأولى ، كما تكون صوراً تنفيذية ، قد تكون صوراً غير تنفيذية ، وقد سبق ذكر ذلك . والتقنين المدني الفرنسي ، وهو الأصل الذي نقل عنه التقنين المدني السابق ، صريح في هذا التمييز^(١) . فيجب إذن الأخذ بالنص الفرنسي للتقنين المدني السابق . وهو يميز بين حالتين : (١) حالة الاحتجاج بالصورة التنفيذية أو بالصورة الأولى غير التنفيذية ، وسكوت التقنين عن حكم هذه الحالة معناه أن لكل من الصورتين حجية الأصل^(٢) (٢) حالة الاحتجاج بصورة أصلية بسيطة ، أي بصورة أصلية غير الصورة التنفيذية وغير الصورة الأولى ، وفي هذه الحالة ينظر القاضي في تقدير قيمتها ولا ينزل بها عن مرتبة مبدأ الثبوت بالكتابة ، أي قد يعتبرها دليلاً كاملاً ، وقد يعتبرها مبدأ ثبوت بالكتابة يستكمل بالبيئة أو بالقرائن^(٣) .

(١) ويقضى التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٣٥ وقد تقدم ذكرها) بأنه إذا لم يوجد الأصل ، فإن الصور التي تكون لها حجية الأصل هي : (١) الصورة التنفيذية (grosse) . (٢) الصورة الأولى (première expédition) . (٣) الصورة الأصلية المحررة بأمر القاضي في حضور أصحاب الشأن أو بعد دعوتهم للحضور (٤) الصورة الأصلية المحررة في حضور أصحاب الشأن وبتراضيمهم . (٥) الصورة الأصلية المحررة بغير أمر القاضي وبغير تراضي الخصوم وفي غير حضورهم إذا أخذت بواسطة الموثق (notaire) ، أو موظف عام مختص ، وكانت قديمة أي مضي على تحريرها أكثر من ثلاثين سنة . وهناك صور أصلية لا تكون قيمتها إلا مبدأ ثبوت بالكتابة ، وهي : (١) الصورة الأصلية المحررة على الوجه المتقدم الذكر في الطائفة الخامسة من الصور التي تكون لها حجية الأصل إذا لم تكن الصورة قديمة ، أي لم يمض على تحريرها أكثر من ثلاثين سنة (٢) الصورة الأصلية التي حررها غير الموثق وغير الموظف العام مهما يكن تاريخ تحريرها . أما صور الصور فلا يعتد بها إلا للاستئناس . ويستثنى من ذلك : (١) صورة التسجيل في الورقة المسجلة ، وتعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة وذلك قبل قانون ٢١ يولية سنة ١٩٢١ (٢) إذا حررت صورة تنفيذية ثانية أو أصل ثان بأمر رئيس المحكمة المدنية (م ٨٤٤ مرافعات فرنسي) . فهذه صورة من الصورة ولكن لها حجية الأصل (انظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٨ — فقرة ١٤٩٩ ص ٩٤٦ — ص ٩٤٧) .

(٢) وكذلك تثبت حجية الأصل للصورة التي يوقعها القاضي وكاتب الجلسة مع كاتب التوثيق عند تسليمهما الأصل لإجراء المضاهاة (م ٣٠٦/٢٦٥ مرافعات قديم) .

(٣) الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ١٧٢ ص ١٦١ — ص ١٦٢ — الأستاذ =

ولم يعرض التقنين السابق للحالتين الأخريين اللتين عرض لهما التقنين الجديد :
الصورة الثانية والصورة الثالثة . ويبدو أن الصورة الثانية في التقنين السابق —
وهي صورة الصورة الأصلية — كانت لها حجية الصورة الأصلية على التفصيل
المتقدم في هذا التقنين بشرط أن تكون الصورة الأصلية موجودة وأن تكون
صورتهما مطابقة لها ، إذ ليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة وهي نفس القواعد
التي قررها التقنين الجديد . أما الصورة الثالثة ، وهي صورة صورة الصورة
الأصلية ، فتقتصر قيمتها على مجرد الاستئناس بها كقرينة بسيطة ، وذلك ما لم
توجد الصورة الأصلية فتكون عندئذ الحجية لها لا للصورة صورتها . وهذا هو
أيضاً تطبيق للقواعد العامة ، وقد قرر التقنين الجديد هذا الحكم كما رأينا (١) .

ويتبين من ذلك أنه لا يوجد خلاف بين التقنين الجديد والتقنين القديم إلا
في حالة واحدة ، هي حالة الصورة الأصلية البسيطة (simple expédition)
عند فقد الأصل . ففي التقنين الجديد تكون لهذه الصورة حجية الأصل إذا كان

= سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٥٢ ص ٦٤ — ص ٦٦ — الأستاذ عبد المنعم فرج
الصدّة في الإثبات فقرة ٩٣ — قارن الموجز للمؤلف ، وقد ورد فيه ، تفسيراً للمادة ٢٣١/
٢٩٦ من التقنين المدني السابق ، ما يأتي : « أما إذا فقد الأصل ، فإن الصورة التنفيذية
(grosse) ، وهي الصورة الأولى التي يحصل عليها الخصوم وعليها الصيغة التنفيذية ، تقوم
مقام الأصل في الإثبات . وكذلك تقوم مقام الأصل تلك الصورة التي وضعت مكان الأصل
مؤقتاً عند أخذ الأصل للرجوع إليه كما رأينا وذلك إذا ضاع الأصل . أما الصور الأخرى غير
التنفيذية (expéditions) فللقاضي النظر في درجة اعتمادها كما تقرر ذلك المادتان ٢٣١/٢٩٦ ،
فقد يعتبرها إثباتاً كاملاً رسمياً ، كما قد يعتبرها إثباتاً كاملاً عرفياً ، ويجب على كل حال أن
يعتبرها على الأقل مبدأً ثبوت بالكتابة » (الموجز ص ٦٦٢) . ونستدرك على ما جاء في الموجز
أنه أغفل ذكر الصورة الأولى إذا لم تكن هي الصورة التنفيذية ، فهذه ، في التقنين السابق ،
كانت لها حجية الأصل شأنها في ذلك شأن الصورة الأولى التنفيذية . والسبب في أننا لم نر ، في
« الموجز » ، التمييز ما بين الصورة التنفيذية والصورة الأولى ، أننا اتبعنا في عدم التمييز بينهما
رأياً قديماً قال به لاروميير (جزء رابع م ١٣٣٥ فقرة ١) ولوران (جزء ١٩ فقرة ٣٧٣) —
انظر أيضاً في عدم التمييز بين الشيتين : كولان وكابيتان ٢ فقرة ٤٥٦ ص ٤٣١ — بودرى
وبارد ٤ فقرة ٢٤٩١) .

(١) قارن الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ١٧٣ ص ١٦٢ — ص ١٦٣ — وغنى
عن البيان أن الأصل إذا كان موجوداً ، في التقنين المدني السابق ، فإن الحجية تنحصر فيه ، سواء
عن طريق المضاهاة عليه أو عن طريق اقتراض مطابقة الصورة له . ولا يختلف حكم التقنين المدني
السابق في ذلك عن حكم التقنين المدني الجديد .

مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها للأصل ، أما فى التقنين القديم فقد يكون لهذه الصورة حجية الأصل وقد تنزل إلى مرتبة مبدأ الثبوت بالكتابة وفقاً لتقدير القاضى . والقانون الذى يسرى هو القانون الذى أخذت الصورة الأصلية البسيطة فى ظله ، فإن أخذت قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرى التقنين القديم ، وإلا فالتقنين الجديد هو الذى يسرى .

الفصل الثاني

الأوراق العرفية

١٠٤ — الأوراق العرفية المعدة للإثبات والأوراق العرفية غير

المعدة للإثبات : يمكن تقسيم الأوراق العرفية التي تكون لها حجية في الإثبات إلى قسمين :

(القسم الأول) أوراق أعدت مقدماً للإثبات ، فهي أدلة مهيأة (preuves préconstituées) ولذلك تكون موقعة ممن هي حجة عليه .

(والقسم الثاني) أوراق لم تعد مقدماً للإثبات ، ولكن القانون يجعل لها حجية في الإثبات إلى مدى معين ، فهي أدلة عارضة (preuves casuelles). وأكثر هذه الأوراق لا تكون موقعة ممن هي حجة عليه ، وذلك كدفاتر التجار والدفاتر والأوراق المنزلية . وبعضها قد يكون موقعاً وان لم يعد في الأصل للإثبات ، وذلك كالرسائل وأصول البرقيات () .
ونتكلم في كل من هذين القسمين من الأوراق .

الفرع الأول

الأوراق العرفية المعدة للإثبات

١٠٥ — شروط صحتها ومبناها في الإثبات : نتناول بحث الأوراق

العرفية المعدة للإثبات ، كما بحثنا الأوراق الرسمية ، من ناحيتين : (١) الشروط الواجب توافرها لصحة الورقة العرفية (٢) حجية الورقة العرفية في الإثبات .

(١) ولا محل لمثل هذا التقسيم في الأوراق الرسمية ، فكلها بوجه عام معد للإثبات .

المبحث الأول

الشروط الواجب توافرها لصحة الورقة العرفية

١٠٦ - التوقيع هو الشرط الوحيد في القانون المصري : الورقة العرفية المعدة للاثبات لا يشترط في صحتها إلا توقيع من هي حجة عليه (١) . فإذا كان العقد ملزماً للجانبين كالبيع ، وأثبت في ورقة عرفية ، وجب توقيع كل من البائع والمشتري . وإذا كان ملزماً لجانب واحد كالوديعة ، وجب توقيع المودع عنده . وإذا كان مخالصة بالدين ، وجب توقيع الدائن . وهكذا .

ويكون التوقيع عادة بالإمضاء . ويجوز أن يكون - لاسيما بالنسبة إلى

(١) استئناف مختلط أول يونية سنة ١٩٤٨ - ولم يشترط القانون المصري غير التوقيع شرطاً لصحة الورقة العرفية . ولكن هذا لا يمنع من وجود شروط أخرى لتحقيق أغراض أخرى . فمثلاً حتى تكون الورقة العرفية صالحة للشهر لا بد من تحريرها من نسخة أصلية بالمداد الأسود على ورق خاص مدموغ يطلب من مكاتب الشهر ومأمورياته (م ١٩ من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر) ، ويجب التصديق على التوقيعات (م ٢٩ من قانون الشهر) ، كما يجب ذكر بيانات معينة (م ٢٢ من قانون الشهر) . وجزاء هذه الشروط عدم إمكان شهر الورقة ، ولكن ذلك لا يؤثر في قوة إثباتها . مثل آخر : ما يشترطه قانون التجارة في بعض الأوراق التجارية (م ١٠٥ و ١٣٤ و ١٩٠ تجارى) . وقد يشترط في الورقة العرفية شروط أخرى لجواز سماع الدعوى ، فقد قضت المادة الثانية من قانون الوصية (رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦) بعدم جواز سماع الدعوى بالوصية أو بالرجوع عنها ، بعد وفاة الموصى بالنسبة إلى الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ ، إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه كذلك تدل على ما ذكر ، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقاً على توقيع المدعى عليها .

ولا يشترط في الورقة العرفية شهود (استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٢١) ، أو تعدد نسخ الأصل أو الاعتماد الخطى لقيمة الالتزام (استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٢٠) .

الأميين - بالختم^(١) أو ببصمة الأصبع^(٢). والختم لا يزال منتشرأ في مصر ،
وفي القرى بوجه خاص ، لانتشار الأمية . وعيه أن التقليد فيه أيسر منه في

(١) اعتبر المشرع المصرى الختم كالإمضاء : انظر المواد ٣٩٠ و ٣٩٤ - ٣٩٥ مدنى
و ٢٦١ - ٢٦٢ و ٢٦٨ - ٢٦٩ و ٢٧٤ و ٢٧٧ و ٢٧٩ مرافعات و ٢١١ و ٢١٥ و ٣٤٠ عقوبات .
وقد تضمن المشروع الأول لنصوص الإثبات الذى وضعه الأستاذ استنويت (Stenuit) النص
الآتى : « لا تساوى بصمة الختم الإمضاء . فإذا كان موقع الورقة لا يعرف أن يكتب
أو لا يستطيع ذلك بسبب عاهة فى جسمه ، وجب فوق توقيعه بختمه أن يكلف شخصاً مرخصاً
له فى ذلك قانوناً أن يوقع بإمضائه بدلاً منه . ويتعين فى هذه الحالة أن يذكر موقع الورقة
بإمضائه أنه يعرف صاحب الختم أو أن يبين المستندات المثبتة لشخصيته وأن يوضح سبب عجزه
عن الإمضاء والتجائه إليه بطلب الإمضاء بدلاً منه » . وقد رأت لجنة تنقيح التقنين المدنى صرف
النظر عن هذا النص حتى لا يؤدى إلى تعطيل التعامل (الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات
ص ٧٥ هامش رقم ٢) .

وفى القانون الفرنسى لا يجوز التوقيع بالختم أو بأية علامة . وتنص المادة ١٤٤ من تقنين
أصول المحاكمات المدنية اللبناى على أن « الفريق الذى لا يعرف أن يوقع بإمضائه يستبدل الإمضاء
بوضع طابع أصبعه » .

(٢) أما التوقيع ببصمة الأصبع فلم يكن التقنين القديم ينص عليه . ولكن ظهر فى العمل
أنه أكثر ضماناً من التوقيع ببصمة الختم ، حيث أثبت العلم أن بصمات الأصابع لا تتشابه ،
ولذلك جرت المحاكم على التعويل على بصمة الأصبع . وكان قانون المواليذ والوفيات القديم
(لسنة ١٩١٢) ينص على جواز التوقيع ببصمة الأصبع ، أما قانون المواليذ والوفيات الجديد
(لسنة ١٩٤٦) الذى حل محله فلم يبين كيف يكون التوقيع . ونصت المادة ٢٢٥ عقوبات على
أن تعتبر بصمة الأصبع كالإمضاء فى تطبيق أحكام التزوير (نقض جنائى ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٤
بمجموعة عمر ٦ رقم ٣٣٨ ص ٤٦٢) . وقد قررت الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة
فى ٥ مارس سنة ١٩٢٦ قبول بصمات الأصبع فى التوقيع على العقود المراد التصديق عليها لإمكان
تسجيلها ، وذلك من الأشخاص الأميين الذين ليست لهم أختام ، واعتبار هذه البصمات
كالإمضاءات أو الأختام ، بشرط أخذ صورة طبق الأصل من هذه البصمات على سجل خاص مع
توقيعات الشهود ، وذلك حالة إجراء عملية التصديق فى جهة خلاف أقلام الرهون المختلطة
أو المأموريات التابعة لها ، وأصدرت بذلك محكمة الاستئناف المختلطة منشوراً رقم ٦٩١ سنة ٥١
قضائية بتاريخ ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ . أما فى فرنسا فقد قضت محكمة النقض بأن بصمات
الأصابع لاتعادل الإمضاء (نقض فرنسى ١٥ مايو سنة ١٩٣٤ دالوز ١٩٣٤ - ١ - ١١٣) -
انظر فى هذه المسألة الأستاذ محمد كامل مرسى فى شهر التصرفات ص ٢٢٦ - الأستاذ أحمد نشأت
فى الإثبات ١ فقرة ١٧٦ ص ١٠٥ - الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٧٥ هامش
رقم ٣ وهامش رقم ٤ .

الإمضاء . أما بصمة الأصبع فأكثر دقة^(١) . ولا يشترط في الإمضاء أو الختم أن يوضع بالاسم الثابت في ورقة الميلاد ، بل يكفي أن يوقع صاحب الشأن بالاسم الذى اعتاد أن يوقع به^(٢) .

ويوضع التوقيع عادة في آخر الورقة حتى يكون منسجماً على جميع البيانات المكتوبة الواردة فيها . ولكن ليس من الضروري توقيع الإضافات والإحالات وما إليها كما هو الأمر في الورقة الرسمية ، ويترك غير الموقع منها لتقدير القاضى من ناحية قوة الإثبات ، ولذلك يكون الأفضل توقيعها قطعاً للشك .

ويجب على صاحب الشأن أن يوقع بنفسه . فاذا وقع الورقة باسمه شخص كأمين سر أو مدير مكتب أو نحو ذلك ، فالتوقيع لا يصح والورقة باطلة لاحجية لها^(٣) . أما البيانات المكتوبة - ولا بد من الكتابة إذ الورقة العرفية هي ورقة مكتوبة - فيصبح أن تكون بخط المدين أو بخط أى شخص آخر . ومن ثم يصح أن يكتب الورقة المدين أو الدائن أو أجنبى . وله أن يكتبها بأية لغة ، حتى بلغة اصطلاحية معروفة من أصحاب الشأن ، فاللغة العربية ليست ضرورية كما هو الأمر في الورقة الرسمية . ويجوز أن تكون الكتابة باليد أو بالطباعة أو بالآلة الكتابة أو بالفتوغرافيا أو بأية طريقة أخرى (انظر المادة ١٤٥ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني) . وإذا كانت الكتابة باليد ، صح أن تكون بالمداد أو بالقلم الرصاص أو بأية مادة كاتبة أخرى . وكثير من الأوراق العرفية ، كعقود الإيجار والمخالفات وعقود التأمين واشتراقات المياه والنور وكثير من

(١) ولا يغنى عن التوقيع علامة يضعها المدين ، كما لا يصح اعتبار مثل هذه العلامة مبدأ ثبوت بالكتابة إذ لا قيمة لها قانوناً . ويسرى هذا الحكم على الختم المطموس ، إذ هو لا يخرج عن أن يكون مجرد علامة مستديرة غير مقروءة أصلاً (محكمة دمياط الجزئية في ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٨ ص ١٩٣ - المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٩ ص ٦٢) .

(٢) ويشترط في التوقيع في مصر أن يشتمل على الاسم واللقب كاملين (الموجز ص ٦٦٤) . وجرت العادة عند الغربيين أن يكون التوقيع بالحرف الأول من الاسم وباللقب كاملاً (الأستاذ سليمان مرقس أصول الإثبات ص ٧٤) .

(٣) على أن أثر التصرف القانونى قد ينصرف إلى من وقع باسم غيره إذا كان الطرف الآخر في التصرف حسن النية ويجهل عدم صحة التوقيع (بلانيول وريير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٨) .

عقود الإذعان ، تكون مطبوعة ، ويقتصر أصحاب الشأن بوجه عام على ملء الفراغ الذى يخصص العقد المقصود إبرامه .

ولا يشترط فى صحة الورقة العرفية أن تكون مؤرخة ، إلا فى حالات معينة نص عليها القانون كالكبيالة والسند الأذنى والشيك والتظهير . ولكن التاريخ فى الورقة العرفية بيان من البيانات الهامة ، فقل أن يغفله أصحاب الشأن ، وإلا شق عليهم بعد ذلك إثباته . بل إن تاريخ الورقة العرفية لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان ثابتاً كما سنرى .

ويتبين مما قدمناه أن التوقيع هو الشرط الوحيد لصحة الورقة العرفية . فإذا لم يوضع التوقيع على الورقة ، لم تكن لها حجية فى الإثبات (انظر المادة ١٤٣ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانية) — ذلك أن الورقة العرفية إنما تستمد حجيتها من التوقيع وحده . والورقة العرفية غير الموقعة لا تصلح حتى مبدأ ثبوت بالكتابة ، إلا إذا كانت مكتوبة بخط المدين . وإذا تعددت التوقيعات ، فليس من الضروري أن توضع جميعها فى وقت واحد ، بل كل من وقع على الورقة يكون قد ارتبط بها ^(١) ، إلا إذا تبين من الظروف أن أصحاب الشأن إنما أرادوا ألا يرتبطوا إلا بتوقيعهم جميعاً ^(٢) .

وغنى عن البيان أن الورقة العرفية إذا كانت باطلة فلا يؤدى بطلانها إلى بطلان التصرف القانونى ذاته الذى قصد بالورقة أن تثبته ، بل يبقى هذا التصرف قائماً ويصح أن يكون جائز الإثبات بطرق أخرى .

١٠٧ — قيمة التوقيع على بياض : وقد يضع صاحب الشأن توقيعه على الورقة العرفية قبل كتابتها ، فيقال عندئذ إنه وقع على بياض (blanc seing) .

(١) ولكن لا يكون تاريخ الورقة حجة على الغير ، إلا إذا أصبح هذا التاريخ ثابتاً بعد استكمال جميع التوقيعات (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٨ ص ٨٩٦) .

(٢) ولا يشترط لصحة الورقة العرفية أن تكون مستوفية لشروط قانون التمغة . فإذا لم يوضع على الورقة العرفية طابع التمغة الذى نص عليه القانون ، لم تكن الورقة باطلة ، ولكن هناك غرامة على من أدخل بهذا الواجب .

وقد نظم القانون الفرنسى طريقة لتسجيل (enregistrement) الأوراق (راجع فيها بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٦١ — فقرة ١٤٦٢ ص ٨٩٩ — ص ٩٠١) .

ويكون قد قصد بذلك أن يعهد إلى الطرف الآخر أن يكتب فوق التوقيع البيانات التي اتفق معه على عناصرها الجوهرية وترك إليه استكمال تفصيلاتها على أسس معينة . مثل ذلك أن يوقع شخص شيكاً على بياض لمصلحة شخص آخر له معه حساب جار ، ويعهد إليه أن يضع الرقم الدال على قيمة الشيك بمقدار ما على موقع الشيك من رصيد الحساب الجارى بعد تصفيته . ومن ثم يكون من وقع على بياض قد وثق في صاحبه واطمأن إلى أمانته ، ومن هنا يجيء الخطر في التوقيع على بياض إذا خان الأمانة من أو ثمن .

ومهما يكن من أمر فإن التوقيع على بياض صحيح . وهو من شأنه أن يكسب البيانات التي ستكتب بعد ذلك فوق هذا التوقيع حجية الورقة العرفية ، فإن هذه الحجية تستمد كما قدمنا من التوقيع لامن الكتابة ، فيستوى أن تكون الورقة قد كتبت قبل التوقيع أو بعده . والمهم أن من يوقع الورقة يوقعها بخطه ، ويقصد من توقيعها أن يرتبط بالبيانات التي سترد في الورقة .

على أن من يؤتمن على هذا التوقيع يجب عليه أن يرعى الأمانة ، فلا يضع في الورقة بيانات غير ما اتفق عليه مع الموقع ، وإلا عوقب جنائياً^(١) .

أما من الناحية المدنية ، فعلى إثبات تسليم الورقة الموقعة على بياض وخيانة من تسلمها يقع على من وضع توقيعاً على بياض . ويراعى في ذلك القواعد المقررة في الإثبات . ذلك أنه إذا ما كتبت الورقة البيضاء بعد التوقيع عليها ، أصبحت قيمتها في الإثبات قيمة الورقة العرفية التي لم توقع إلا بعد أن تمت كتابتها . ولكن يبقى للمدين الحق في أن يثبت أنه إنما سلم توقيعاً على بياض للدائن وأن ما كتبه هذا فوق التوقيع لم يكن هو المتفق عليه بينهما . ويكون إثبات ذلك طبقاً للقواعد العامة ، أي أنه لا يجوز إثبات عكس المكتوب إلا بالكتابة

(١) وقد نصت المادة ٣٤٠ من قانون العقوبات على أن « كل من أو ثمن على ورقة ممضاة أو مختومة على بياض ، فخان الأمانة وكتب في البياض الذي فوق الختم أو الإمضاء سند دين أو مخالصة أو غير ذلك من السندات والتمسكات التي يترتب عليها حصول ضرر لنفس صاحب الإمضاء أو الختم أو لماله ، عوقب بالحبس ، ويمكن أن يزداد عليه غرامة لا تتجاوز خمسين جنياً مصرياً . وفي حالة ما إذا لم تكن الورقة الممضاة أو المختومة على بياض مسلمة إلى الخائن وإنما استحصل عليها بأية طريقة كانت ، فإنه يعد مزوراً ويعاقب بعقوبة التزوير » .

كما سنرى^(١). فاذا استطاع هذا الإثبات ، فقدت الورقة حجيتها فيما بينهما . ولكنها لا تفقد هذه الحجية بالنسبة إلى الغير حسن النية ، فمن تعامل مع متسلم الورقة معتقداً أنها ورقة صحيحة ، فحولت إليه مثلاً ، جاز له أن يتمسك بحجية الورقة في حق من وقع على بياض^(٢) ، ويرجع الموقع ، على من أساء استعمال توقيعيه^(٣) .

ولكن إذا كان التوقيع على بياض ذاته قد تم الحصول عليه من غير علم صاحب التوقيع ، ولم يقصد الموقع أن يسلم توقيعيه على بياض إلى من أساء استعمال هذا التوقيع ، بل حصل عليه هذا خلصة ، كان التوقيع نفسه غير صحيح ، وكانت الورقة باطلة ، وعوقب من أساء استعمال التوقيع بعقوبة التزوير (م ٣٤٠ عقوبات)^(٤) . ولصاحب التوقيع أن يثبت هذا الاختلاس بجميع الطرق ، ومنها البيئة والقرائن ، لأنه إنما يثبت غشاً . فاذا ما أثبت ذلك فإن الورقة تسقط حجيتها في حقه بعد أن انكشف بطلانها على ما قدمنا . بل إن الغير حسن النية الذي تعامل مع المختلس على أساس أن الورقة صحيحة لا يستطيع أن يتمسك بحجية الورقة في حق صاحب التوقيع ، ذلك أن صاحب التوقيع لم يسلم توقيعيه على بياض للمختلس ، كما فعل في الحالة السابقة ، بل اختلس منه التوقيع اختلاساً ، فلا يمكن أن ينسب إليه أى إهمال^(٥) .

١٠٨ - شرطان آخران لصحة الورقة العرفية في التقنين المدني

الفرنسي : ويشترط التقنين المدني الفرنسي لصحة الورقة العرفية ، فوق التوقيع ،

(١) وهذه القواعد ذاتها تراعى في إثبات الجريمة الجنائية المنصوص عليها في المادة ٣٤٠ من قانون العقوبات ، وقد مر ذكرها — هذا وإذا كانت الحيلة (dol) قد استعملت في الحصول على الورقة الموقعة على بياض ، فيجوز عندئذ إثبات الغش بجميع طرق الإثبات .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ١٨٥ — ص ١٨٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٩ ص ٨٩٨ .

(٣) الموجز للمؤلف ص ٦٦٦ .

(٤) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٧٠ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٤٧ .

(٥) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ١٨٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٩ ص ٨٩٨ .

شرطين آخرين لم يشترطهما التقنين المدني المصري (١) .

أما الشرط الأول فقد نصت عليه المادة ١٣٢٥ من التقنين المدني الفرنسي (٢) ، إذ تقضى بأن الأوراق العرفية التي تثبت عقوداً ملزمة للجانبين لا تكون صحيحة إلا إذا تعددت نسخها (٣) بقدر تعدد أطراف العقد ذوى المصالح المستقلة (٤) ، ويجب أن يذكر في كل نسخة عدد النسخ التي حررت من هذا السند . فإذا كان العقد بيعاً مثلاً ، وكان كل من البائع والمشتري شخصاً واحداً ، فانه يجب أن يكتب من عقد البيع نسختان ، إحداهما للبائع والأخرى للمشتري . فإذا تعدد البائع مع تعارض المصلحة ، أو تعدد المشتري على هذا الوجه ، وجب تعدد النسخ التي تعطى للبائعين أو تعطى للمشتريين بقدر تعددهم ، حتى يحتفظ كل متعاقد بنسخة لنفسه (٥) .

(١) وقد كان المشروع الأول لنصوص الإثبات الذي وضعه الأستاذ استنويت (Stenuit) يتضمن نصوصاً تورد هذين الشرطين كما قدمنا . ولكن لجنة تنقيح التقنين المدني حذفت هذه النصوص ، فخرج المشروع التمهيدى خلواً منها . وبقي الأمر كذلك في جميع مراحل التنقيح ، حتى استقر التقنين المدني المصري الجديد وليس فيه هذان الشرطان .

(٢) ولم يكن هذا الشرط موجوداً في القانون الروماني ولا في القانون الفرنسي القديم ، وقد استحدثه القضاء (برلمان باريس) لأول مرة في ٣٠ أغسطس سنة ١٧٣٦ .

(٣) النسخة (double) غير الصورة (copie) ، إذ هي أصل (original) لا صورة .

(٤) وتؤسس هذه القاعدة على جواز أن يقول الطرف الذي لم يحتفظ بنسخته إن العقد لم يكن إلا مشروعاً لم يتم ، ولو أنه كان قد تم لاحتفظ بنسخته للاحتجاج بها (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ١٨٨ هامش رقم ١٣) .

(٥) ولكن إذا كان أحد الطرفين في العقد الملزم للجانبين قد اقتضى حقه قبل كتابة الورقة أو في أثناء كتابتها ، ولم تعد له مصلحة في الاحتفاظ بنسخته ، فإن تعدد النسخ لا يكون في هذه الحالة لازماً . فإذا كان البائع مثلاً قد استوفى الثمن كله ولم يعد له أى حق في ذمة المشتري ، اقتصر على تحرير نسخة واحدة من عقد البيع يحتفظ بها المشتري (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٦٥ ص ٩٠٣ - ص ٩٠٤) .

كذلك إذا لم تتعارض المصالح في الجانب الواحد لا تعدد نسخ هذا الجانب . فالبائعون لعين في الشيوع لا تعدد نسخهم . وفي شركة التوصية تكتفى نسخة واحدة لجميع الشركاء المديرين ، ونسخة أخرى لجميع الشركاء الموصين (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٦٦ ص ٩٠٤ - فقرة ٩٠٦) . ويستثنى من قاعدة تعدد النسخ العقود التجارية ، والرسائل ، والعقود القضائية ، والأوراق الرسمية الباطلة إذا صلحت أن تكون أوراقاً عرفية وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

ويمكن تفادي شرط تعدد النسخ بكتابة نسخة واحدة وإيداعها عند أمين يحتفظها لحساب جميع المتعاقدين (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٦٧ - فقرة ١٤٦٨ ص ٩٠٦ - ص ٩٠٧) .

ثم إنه لا يكتفى تعدد النسخ ، بل يجب أيضاً ، كما قدمنا ، أن يذكر في كل نسخة عدد النسخ التي حررت ، وذكر هذا العدد موقفاً عليه من الخصم هو الذي يثبت تعدد النسخ وفقاً لما يتطلبه القانون حتى في حالة امتناع هذا الخصم عن تقديم النسخة التي احتفظ بها . فإذا لم تتعدد النسخ ، أو لم يذكر عددها في كل نسخة ، كانت الورقة العرفية باطلة كدليل للإثبات^(١) . ولا يوجد نص في التقنين المدني المصري كما قدمنا — لا في القديم ولا في الجديد — يقابل نص المادة ١٣٢٥ من التقنين المدني الفرنسي المتقدمة الذكر . فلا يشترط إذن في القانون المصري تعدد النسخ في العقود الملزمة للجانبين ، وإذا كتبت نسخة واحدة كانت دليلاً كتابياً كاملاً يجوز لكل من المتعاقدين أن يتمسك به^(٢) . ولكن الضرورة العملية تقضي في أكثر الأحيان أن تكتب نسخ بقدر عدد المتعاقدين ذوي المصالح المتعارضة ، حتى يحتفظ كل متعاقد بنسخة لنفسه دليلاً على حقه^(٣) .

وأما الشرط الثاني فقد نصت عليه المادة ١٣٢٦ من التقنين المدني الفرنسي ، إذ تقضي بأن الأوراق العرفية التي تثبت عقوداً ملزمة لجانب واحد يجب إما أن

(١) ولكن العقد الملزم للجانبين يبقى قائماً ، ويجوز إثباته بطرق أخرى غير الكتابة كالإقرار واليمين . بل يجوز إثباته بالبينه والقرائن إذا كانت قيمة الالتزام لا تجاوز النصاب المحدد للإثبات بهذه الطرق (أى ٥٠٠٠ فرنك) (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ١٩٨ — ص ١٩٩) .

ولكن هل يجوز أن تعتبر الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة ، فتستكمل بالبينه أو بالقرائن ، حتى لو تجاوزت قيمة الالتزام هذا النصاب المحدد ؟ يذهب القضاء الفرنسي في معظمه وطائفة من الفقهاء إلى جواز اعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة في هذه الحالة (انظر في هذه المسألة بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٩ — ص ٩١١) .

(٢) بل قد جرى العمل ، قبل قانون التسجيل الذي صدر في سنة ١٩٢٣ ، على أن يكتفى ، في عقود البيع التي تم فيها دفع الثمن ، بنسخة واحدة موقعة من البائع ولو لم يوقعها المشتري . وقد اكتفى القانون المذكور بتحرير العقود واجبة التسجيل من نسخة واحدة يوقع عليها جميع المتعاقدين ، ثم تحفظ بقلم التسجيل وتعطى منها صورة فوتوغرافية لكل من يطلب ذلك في مقابل رسم معين . وكذلك فعل قانون الشهر العقاري الذي حل محل قانون التسجيل (الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٧٩) .

(٣) انظر في كل هذا أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ١٨٨ — ص ٢٠٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٦٤ — فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٢ — ص ٩١١ — الموجز للمؤلف ص ٦٦٤ — ص ٦٦٥ .

تكتب كلها بخط المدين ، أو في القليل أن يكتب المدين بخطه قيمة الالتزام —
حروفاً لا أرقاماً — مسبوقة بعبارة يعتمد بها المدين التزامه ، وتكون عادة إحدى
هاتين العبارتين : Bon pour أو approuvé pour ، ثم يوقع المدين بامضائه
هذه العبارة ، وهذا التوقيع ينسحب على الاعتماد وعلى مشتملات الورقة في وقت
واحد ^(١) . والعقود الملزمة لجانب واحد التي تخضع لهذا الشرط هي العقود
التي يكون محل الالتزام فيها مبلغاً من النقود أو جملة من الأشياء المثلية التي تعد
أو تقاس أو توزن أو تكال ، حتى يستطيع تقدير محل الالتزام برقم هو الذي
يكتبه المدين بخطه حروفاً ^(٢) . ولا مقابل لهذا النص أيضاً في التقنين المصري ،
لا القديم ولا الجديد ، فلا يكون هذا الشرط لازماً لصحة الورقة العرفية
في مصر .

وتقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، دون سائر التقنينات العربية ،
يشترط في الورقة العرفية هذين الشرطين اللذين يشترطهما التقنين الفرنسي
(انظر المادتين ١٤٦ و ١٤٧ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني) .

المبحث الثاني

حجية الورقة العرفية في الإثبات

١٠٩ — مسائل محلولة : نجرى هنا — في حجية الورقة العرفية — على

(١) وكان هذا للقضاء على العادة التي فشت ، في القرن الثامن عشر في فرنسا ، في إساءة
استعمال التوقيع على بياض . فصدر بهذه القاعدة تصريح ملكي (déclaration royale) في
٢٢ سبتمبر سنة ١٧٣٣ . ويتبين من ذلك أن هذه القاعدة وقاعدة تعدد النسخ قاعدتان متعاصرتان ،
ظهرتا أخيراً ، الأولى في سنة ١٧٣٣ ، والثانية في سنة ١٧٣٦ .

(٢) وإذا لم يستوف هذا الشرط فالبطلان لا يلحق إلا الورقة العرفية كدليل للإثبات ، أما
التصرف القانوني ذاته فيبقى ويجوز أن يكون قابلاً للإثبات بطرق أخرى . وتعتبر الورقة التي
لم تستوف الشرط مبدأً ثبوت بالكتابة . وإذا تفاير مقدار الالتزام المعتمد مع المقدار المذكور في
صلب الورقة ، أخذ بأقل المقدارين لأن ذلك في مصلحة المدين ، حتى لو كانت الورقة بخطه . انظر
في كل ذلك أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٠٥ — ص ٢١٧ — بلانيول وريبير وجابولد
٧ فقرة ١٤٧١ — فقرة ١٤٧٩ — ص ٩١١ — ص ٩١٧ . وفي تقنين أصول المحاكمات
المدنية اللبناني (١٤٨) م يؤخذ بالمقدار الأول .

ما جرينا عليه هناك في حجية الورقة الرسمية . فتتکلم في حجية الورقة العرفية في الإثبات فيما بين الطرفين ، ثم في حجيتها في الإثبات بالنسبة إلى الغير ، ثم في حجية صور الورقة العرفية في الإثبات .

ولاحل للكلام في افتراض عرفية الورقة كما تكلمنا في افتراض رسميتها . ذلك أن الرسمية لها أوضاع وإجراءات إذا اختلت بطلت الورقة ، فكان من ذلك أنه متى كانت مظاهرها الخارجية تنبئ بأنها ورقة رسمية اعتبرت كذلك ، وافترض أن هذه الأوضاع والإجراءات قد روعيت حتى يثبت ذو المصلحة أنها لم تراعى . أما الورقة العرفية فلا يشترط لصحتها مراعاة أوضاع وإجراءات معينة ، فلا محل إذن لافتراض أن هذه الأوضاع والإجراءات قد روعيت^(١) .

المطلب الأول

حجية الورقة العرفية فيما بين الطرفين

١١٠ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٩٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

« تعتبر الورقة العرفية صادرة ممن وقعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة . أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار ، ويكفي أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق »^(٢) .

(١) يضاف إلى ذلك أن احتمال تزوير الورقة العرفية أكبر بكثير من هذا الاحتمال بالنسبة إلى الورقة الرسمية ، لذلك كان افتراض صحة الورقة الرسمية أقرب إلى الحقيقة من افتراض صحة الورقة العرفية . ومن ثم كانت صحة التوقيع على الورقة العرفية عرضة للتزلزل بمجرد إنكار صاحب التوقيع لتوقيعه ، ويجب في هذه الحالة تحقيق الورقة عن طريق إجراءات تحقيق الخطوط . أما التوقيع على الورقة الرسمية فتفترض صحته حتى يظعن فيه بالتزوير . على أن التوقيع على الورقة العرفية تفترض صحته افتراضاً مؤقتاً ، ويزول هذا الافتراض بمجرد إنكار صاحب التوقيع كما قدمنا (بودري وبارد ٤ فقرة ٢٢٣٧ — فقرة ٢٣٤٠) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٢٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« ١ - من احتج عليه بورقة عرفية لم يرد أن يعترف بها وجب عليه أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة . ٢ - أما الوارث أو الخلف فيكفي منه أن =

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادة ٢٢٧/٢٩٢ (١) - ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السورى المادتين ١٠ و ٩ ، وفي التقنين المدني العراقى المادة ٤٥٥ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانيى المواد ١٤٩-١٥١ ، وفي التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة المادة ٣٨١ (٢) -

= يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق . وفي لجنة المراجعة أدمجت الفقرتان في فقرة واحدة مع تحويرات لفظية تزيد الحكم الوارد فيها دقة ووضوحاً ، وأصبح النص في المشروع النهائى ، تحت رقم ٤٠٧ ، مطابقاً للنص الذى استقر فى التقنين الجديد . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٩٤ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٧ - ص ٣٧١) .

(١) كانت المادة ٢٢٧/٢٩٢ ، من التقنين المدني القديم تجرى على الوجه الآتى : « والمحركات الغير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل إنكار الكتابة أو الإمضاء . » ولم يستحدث التقنين الجديد شيئاً ، غير أنه جاء أدق فى الأسلوب وأكثر تفصيلاً للأحكام . فهو يميز بين صدور الورقة من وقعها ، وهذا مفترض حتى يلجأ صاحب التوقيع إلى إنكار الورقة ، وبين صحة الوقائع المدونة فى الورقة ، وهذا لم يعرض له النص الجديد بل تركه للقواعد العامة وهى تقضى بأنه يجوز إثبات العكس بالطرق المقررة قانوناً . والنص الجديد يميز أيضاً ، عند إنكار الورقة ، بين صاحب التوقيع ويجب عليه أن ينكر صراحة أن الورقة قد صدرت منه ، وبين الورثة والخلف وهؤلاء يكتفى منهم بأن يحلفوا يميناً على عدم العلم . والنص الجديد يعدد أخيراً طرق التوقيع فيذكر الإمضاء والختم والبصمة ، وكان النص القديم لا يذكر إلا الإمضاء ، ولكن محكمة النقض قضت بأن المادة ٢٢٧ من التقنين المدني (القديم) إذا كان لم يرد بها ذكر لفظ « الختم » معطوفاً على « الكتابة والإمضاء » فإن هذا قصور فيها ، علته - على ما تراء محكمة النقض - هو مجرد السهو عن تكميل حكمها عند نقله عن القانون المختلط المنقول هو عن القانون الفرنسى . وليست العلة فيه أن الشارع المصرى يرى المغايرة فى الحجية بين الأوراق الممضاة والأوراق المختومة ، وإلا لما فهم تماماً كيف أنه عند إصدار قانونى المرافعات والعقوبات بعد شهرين قد ذكر لفظ « الختم » معطوفاً على لفظى « الإمضاء » و « الكتابة » فى جميع المواد التى وضعها فى الفرع الخاص بتحقيق الخطوط وفى المواد الخاصة بجريمة التزوير وخيانة الأمانة (نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٤ ص ٣٤٦) .

وبتبيين مما تقدم أن كل الأحكام التى قررها النص الجديد كانت مرعية فى ظل التقنين القديم دون نص ، ومن ثم لا يكون التقنين الجديد قد استحدث شيئاً كما قدمنا .

(٢) التقنينات العربية الأخرى - قانون البينات السورى م ٩ : السند العادى هو الذى

يشتمل على توقيع من صدر عنه أو على خاتمه أو بصمة أصبعه وليست له صفة السند الرسمى — م ١٠ : ١ — من احتج عليه بسند عادى ، وكان لا يريد أن يعترف به ، وجب عليه أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع أو خاتم أو بصمة أصبع ، وإلا فهو حجة عليه بما فيه ٢ — أما الوارث أو أى خلف آخر فيكتفى منه أن يقرر بأنه لا يعلم أن الخط =

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المواد ١٣٢٢ — ١٣٢٤ (١) .

ويتبين من هذه النصوص : (أولاً) أن الورقة العرفية حجة على الناس كافة ، فيما بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير . وسنبحث حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى

= أو التوقيع أو الختم أو البصمة هو لمن تلقى عنه الحق ٣ — من احتج عليه بسند عادي وبحث فيه ، لا يقبل منه إنكار الخط أو التوقيع أو الختم أو بصمة الإصبع . ولا يطلب قانون البيئات السوري اليمين من الوارث عند الإنكار . وينص صراحة على أن من صدر منه السند وبحث فيه لا يقبل منه إنكاره بعد ذلك .

التقنين المدني العراقي م ٤٥٥ : « ١ — يعتبر السند العادي صادراً ممن وقع ، ما لم ينكر صراحة هو أو من يقوم مقامه ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة إبهام . ٢ — ويكتفى من الوارث أو الخلف بأن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هو لمن تلقى عنه الحق إذا عجز المحتج بالسند عن الإثبات » . ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في مسألة تفصيلية : يكتفى ، في التقنين العراقي ، من الوارث والخلف في البداية بمجرد الإنكار الصريح دون يمين ، وعند ذلك يتولى المحتج بالسند إثبات صحة صدور السند من المورث بالإجراءات المقررة في قانون المرافعات . فإذا ما عجز عن الإثبات ، عند ذلك يطلب من الوارث أو الخلف أن يحلف يميناً على عدم العلم .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني : م ١٤٩ — « إن الفريق الذي أدلى عليه بسند ذي توقيع خاص ، فبحث في الأساس بغير أن يناقش في صحة التوقيع ، لا يقبل منه بعد ذلك إنكار هذا التوقيع » — م ١٥٠ — « يجوز إنكار التوقيع الموضوع على السند قبل أية مناقشة في الأساس ، فتجرى حينئذ معاملة التطبيق » — م ١٥١ : « إذا تقررت صحة الإمضاء الموضوع على سند ذي توقيع خاص ، إما باعتراف الشخص المدلى عليه بهذا السند من تلقاء نفسه ، وإما بعد إجراء معاملة التطبيق ، فإن هذا السند يصبح مكتسباً ، تجاه المتعاقدين وتجاه الغير ، القوة الشبوتية التي تكون للسند الرسمي ، مع الاحتفاظ بإثبات صحة التاريخ » وقد نص التقنين اللبناني على عدم جواز الإنكار بعد البحث في موضوع السند ، ونص على قيمة السند بعد الاعتراف به أو بعد تحقيق صحته ، ولم ينص على حالة ما إذا أراد الوارث إنكار توقيع مورثه .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة : م ٣٨١ (مطابقة لنص المادة ٣٩٤ من التقنين المدني المصري) .

ويتبين من استعراض هذه النصوص أن التقنينات العربية — فيما عدا بعض فروق في التفاصيل — متماثلة في الأحكام .

(١) التقنين المدني الفرنسي : م ١٣٢٢ — السند العرفي ، المعترف به ممن يشهد عليه أو الذي يعتبر معترفاً به قانوناً ، تكون له قوة السند الرسمي فيما بين الطرفين والورثة والخلف — م ١٣٢٣ — من احتج عليه بسند عرفي يجب عليه إما أن يعترف به وإما أن ينكر صراحة خطه أو إمضاه . أما الورثة والخلف فيجوز لهم أن يقتصروا على إعلان أنهم لا يعلمون أن الخط أو =

الغير فيما يلي . (ثانياً) فيما بين الطرفين ، تكون للورقة العرفية ، من حيث صدورها ممن وقع عليها ، حجية قائمة إلى أن ينكرها صاحب التوقيع . ومن حيث صحة ما ورد بها من الوقائع في ذاتها ، تكون للورقة العرفية حجية قائمة إلى أن يثبت العكس . وهذه هي قوة الورقة العرفية في الإثبات فيما بين الطرفين . ونتناول الآن هذه المسألة بشقيها .

١١١ — حجية الورقة العرفية من حيث صدورها ممن وقع عليها :

إذا احتج ذو شأن بورقة عرفية على من تحمل توقيعه ، فإن صاحب التوقيع إما أن يعترف بأن التوقيع له وأن الورقة صادرة منه ، وإما أن ينكر أن الورقة كلها أو بعضها صادرة منه ، وإما إن يخرج بالسكوت عن الاعتراف أو الإنكار . ومقتضى نص المادة ٣٩٤ السابقة الذكر أن السكوت هو بمثابة الاعتراف . وإذا أراد صاحب التوقيع أن ينفي صدور الورقة منه ، فعليه أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة .

فإذا اعترف صاحب التوقيع بصدور الورقة منه ، أو سكوت ولم ينكر صراحة صدورها ^(١) ، اعتبرت الورقة صادرة منه ، واعتبر التوقيع توقيعه والخط المنسوب إليه خطه ، وتصبح الورقة العرفية ، من حيث صدورها ممن وقع عليها ، في قوة

=الإمضاء هو لمن تلقوا الحق عنه — م ١٣٢٤ — في حالة ما إذا أنكر الخصم خطه أو إمضاءه ، أو أعلن الورثة أو الخلف عدم العلم ، وجب الأمر بإجراء التحقيق قضائياً . وهذا هو الأصل الفرنسي لهذه النصوص :

Art 1322 — L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique.

Art. 1323 — Celui auquel on oppose un acte sous seing privé est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature. Les héritiers ou ayants cause peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent point l'écriture ou la signature de leur auteur.

Art. 1324 — Dans le cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature, et dans le cas où ses héritiers ou ayants cause déclarent ne les point connaître, la vérification en est ordonnée en justice.

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « وتقرر الفقرة الأولى من هذه المادة أن سكوت ذوى الشأن يعتبر في الأصل إقراراً ، لأن من واجب من =

الورقة الرسمية . ولا يجوز لصاحب التوقيع أن يعود بعد ذلك إلى الإنكار ، إلا أن يطعن بالتزوير^(١).

أما إذا أنكر صراحة توقيعه أو خطه ، فأنكر بذلك أن الورقة كلها أو بعضها صادرة منه ، فعلى المحتج بالورقة عبء إثبات صدورها من صاحب التوقيع ، وذلك بأن يطلب إحالة الورقة على التحقيق^(٢). وفقاً لإجراءات رسمها تقنين المرافعات في تحقيق التوقيع والخطوط .

= لا يريد الاعتراف بالورقة «أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء» ، فإذا أبى ذو الشأن أن يعترف بنسبة الخط أو الإمضاء إليه أو أن ينكر هذه النسبة ، فيتعين اعتبار الورقة العرفية قد اعترف بها حكماً . وقد أخذت المادة ٢٢٧ من التقنين القائم بهذه القرينة فقضت بأن «المحررات الغير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل إنكار الكتابة أو الإمضاء» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٨ - ص ٣٦٩) .

(١) ويكفى أن يسكت عند مواجهته بالورقة ، فلا يستطيع بعد ذلك أن يلجأ إلى الإنكار ، بل يجب عليه الطعن بالتزوير (الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٦١ ص ٨٢ - أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢١٩ - ص ٢٢٠ - وانظر المادة ٢١٤ من تقنين المرافعات الفرنسي) .

(٢) أما إذا كان التوقيع مصدقاً عليه ، فلا يجوز له الاكتفاء بالإنكار ، بل يجب عليه الطعن بالتزوير ، لأن التصديق على التوقيع يعتبر في هذه الحدود بمثابة ورقة رسمية — وعلى كل حال فللمحكمة ألا تجيب طلب الإحالة إلى التحقيق متى رأت من ظروف الدعوى والأدلة التي استندت إليها ما يكفي لتكوين عقيدتها فيها بلا حاجة إلى التحقيق المطلوب (نقض مدني ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠ ص ٣٢) . ولقاضي الموضوع أن يقضي بصحة الورقة المقدمة في الدعوى دون أن يكون ملزماً بالسير في إجراءات التحقيق متى تبين ذلك بناء على أسباب مقبولة . فإذا طلب الخصم تأخير الحكم في الدعوى ليطعن بالتزوير في الورقة التي رفعت هذه الدعوى بناء عليها ، فن حق القاضي أن يهدر هذا الطلب إذا رأى أن مقدمه لم يبره إلا بمجرد الماطلة وكسب الوقت (نقض مدني ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٧ ص ٢٧٩ - ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠١ ص ٢١٩ مع تعليق للأستاذ محمد حامد فهمي في هامش ص ٢١٩ - ٢٢ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٣ رقم ١١٨ ص ٣٦٥ - استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٩ مجموعة رسمية ٣٠ ص ١٠٦ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة رسمية ٣٨ رقم ٥ ص ١٠٧ - استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٦٣ - ٢ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٠٦ - ٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٨٢ - ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٠٤ - ٢٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٩٩ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٢٢ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٤٨ - ٦ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٤١) .

والإنكار إنما يرد على الأوراق العرفية ، أما ادعاء التزوير فيرد على جميع الأوراق الرسمية والعرفية (م ٢٦١ مرافعات) . ومعنى ذلك أن الورقة العرفية تحتل الطعن بالتزوير والإنكار . فلصاحب التوقيع أن يكون هو المهاجم ، فيطعن في الورقة العرفية بالتزوير ، ويقع عليه عندئذ عبء الإثبات . وله كما بينا ، أن يقتصر على إنكار الورقة ، فيلجأ المحتج بها إلى إجراءات تحقيق الخطوط ، ويقع عليه لا على صاحب التوقيع عبء الإثبات . أما إذا كانت الورقة رسمية ، فلا يستطيع صاحب التوقيع إنكار صدورها منه إلا إذا طعن في الورقة بالتزوير كما قدمنا (١) . والذي يبرر هذا الفرق في الحكم بين الورقة الرسمية والورقة العرفية أن الورقة الرسمية تحمل توقيع الموظف العام الذي وثقها ، وفي هذا الموظف من الضمانات وعليه من المسؤولية ما يسمح بافتراض صحة صدور الورقة الرسمية من صاحب التوقيع . فإذا أراد هذا أن ينكر صدور الورقة منه ، فعليه هو عبء الإثبات ولا سبيل له إلا الطعن بالتزوير . أما الورقة العرفية فلا يتوافر فيها هذه الضمانات ، بل هي ورقة تحمل توقيعاً يقول المتمسك بها أنه توقيع خصمه ، فإذا أنكر هذا الخصم

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الثابت أن الطاعن لم يقف عند حد إنكار توقيع مورثه على السند ، وإنما ذهب إلى الادعاء بتزويره ، فإن الحكم إذ أتى عليه عبء إثبات هذا التزوير لا يكون قد خالف قواعد الإثبات (نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٦ ص ٢٩٧) — وقد قضت المادة ٢٧٤ من تقنين المرافعات بأنه لا تسمع شهادة الشهود إلا فيما يتعلق بإثبات حصول الكتابة أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع ، أما في دعوى التزوير فيجوز قبول إثبات عدم قيام الدين الذي حررت عنه الورقة قرينة على التزوير . وقضت محكمة النقض بأن المادة ٢٧٠ مرافعات (٢٧٤ جديد) خاصة بتحقيق الخطوط ولا مجال لتطبيقها في دعوى التزوير . والمقصود منها هو احترام القاعدة العامة في الإثبات بعدم تمكين من يتمسك بورقة أنكرها خصمه من أن يثبت بالبينة ، في غير الأحوال التي يجوز فيها ذلك قانوناً ، الالتزام المدون بها ، ولذلك جاء نصها مقصوراً على أن البينة لا تسمع إلا عند إثبات واقعة الكتابة أو التوقيع دون الالتزام ذاته ، بخلاف الحال في دعوى التزوير ، فإن الأمر فيها — إذا ما قبلت أدلة التزوير — يكون متعلقاً بجريمة أو غش مما يجوز قانوناً إثباته بجميع الطرق ومنها قرائن الأحوال كعدم قيام الدين الذي حررت عنه الورقة . وذلك يستتبع أن يكون لخصم مدعى التزوير الحق في أن يثبت بجميع الطرق أيضاً عدم صحة الدعوى عملاً بالمادة ٢٨١ مرافعات (١٩٢ جديد) . وإذن فإذا كان التحقيق في دعوى التزوير قد تناول غير الكتابة أو التوقيع وقائع أخرى ، واعتمدت عليها المحكمة ، فلا تثريب عليها في ذلك (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٩ ص ٤١٠ — انظر أيضاً نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٤ ص ٣٤٦) .

لم يكن عليه هو أن يحمل عبء الإثبات ، بل المتمسك بالورقة هو الذى يحمل هذا العبء فيثبت أن الورقة صادرة حقاً من صاحب التوقيع عن طريق إجراءات تحقيق الخطوط^(١) .

وإذا أنكر صاحب التوقيع صدور الورقة العرفية منه ، ثم أثبت التحقيق

(١) أوبرى ورو ١٢ ص ٧٥٦ ص ٢١٧ هامش رقم ٩٠ ، والخطوط البارزة في إجراءات تحقيق الخطوط - وهى من مباحث قانون المرافعات - تتحصل في أنه إذا أنكر صاحب التوقيع توقيعه ، وكانت الورقة منتجة في النزاع ، ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدة المحكمة ، ولم يكن في الورقة كشط أو محو أو تحشير أو غير ذلك من العيوب المادية بحيث تقدر المحكمة إسقاط قيمتها في الإثبات أو إنقاصها ، فإن المحكمة تأمر بتحقيق الورقة عن طريق المضاهاة أو بسماع الشهود أو بكلتا الطريقتين . (انظر في جواز الاكتفاء بالبيئة وعدم الالتجاء إلى المضاهاة : نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٨ ص ١٢٥ - وفى أن مجرد إعلان فقد الحتم لا ينهض دليلاً على صحة هذه الواقعة : نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٧ ص ٢٠٧) ويشتمل الحكم بإحالة الورقة إلى التحقيق على ندب أحد قضاة المحكمة لإجرائه وتعيين خبير للمضاهاة ، وتكون المضاهاة على ما هو ثابت صدوره من تشهد عليه الورقة من أوراق رسمية أو أوراق معترف بها منه أو على خطه أو إمضائه الذى يكتبه أمام القاضى المنتدب للتحقيق ، أما الشهود فيسمعون فيما يتعلق بصدور الورقة من صاحب التوقيع وتراعى في سماعهم القواعد المقررة في سماع شهادة الشهود . وإذا حكم بصحة كل الورقة فيحكم على من أنكرها بغرامة من أربعة جنيهات إلى خمسة عشر جنيهاً . وعلى أية حال ، إذا قضت المحكمة بصحة الورقة أو بردها أو قضت بسقوط الحق في إثبات صحتها ، أخذت في نظر موضوع الدعوى في الحال أو حددت لنظره أقرب جلسة (انظر المواد ٢٦٠ - ٢٧٦ مرافعات) . وتنص المادة ٢٧٧ مرافعات على أنه « يجوز لمن بيده ورقة غير رسمية أن يختصم من تشهد عليه الورقة ليقر بأنها بخطه أو بإمضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه ، ولو كان الالتزام بها غير مستحق الأداء ، ويكون ذلك بدعوى أصلية بالإجراءات المعتادة » . ولا تخلو

الحال عندئذ من أحد فروض ثلاثة : إما أن يحضر المدعى عليه ويقر فتثبت المحكمة إقراره (م ٢٧٨ مرافعات) ، وإما ألا يحضر فتحكم المحكمة في غيبته بصحة صدور الورقة منه وتجوز المعارضة في هذا الحكم في جميع الأحوال (م ٢٧٩ مرافعات) ، وإما أن يحضر وينكر فيجوز التحقيق وفقاً للإجراءات التى سبق بيانها (م ٢٨٠ مرافعات) .

وقد يترتب للمدين ببصمة الحتم ، ولكنه ينكر أنه وقع به على الورقة . وهذا يحدث كثيراً ، فإن الحتم منفصل عن صاحبه ، ويقع أن يحصل شخص على ختم آخر فيوقع به ورقة دون علم صاحب الحتم . وقد كانت الدوائر المجتمعة لمحكمة استئناف مصر - قبل إنشاء محكمة النقض - قد قضت بأن على المتمسك بالورقة الموقعة بختم ، اعترف صاحبه ببصمته دون التوقيع به ، أن يثبت أن صاحب الحتم هو الذى وقع به على الورقة فلا يجوز ، في هذه الحالة ، مطالبة صاحب الحتم ، بالرغم من اعترافه بالبصمة ، أن يظن في الورقة بالتزوير ، بل ولا أن يثبت أنه لم يوقع الورقة بختمه من غير ظن بالتزوير ، والمتمسك بالورقة هو ، كما قدمنا ، الذى يقع عليه عبء إثبات =

أنه هو الذى وقعها ، صارت هذه الورقة العرفية ، كالورقة التى اعترف بها أو سكت عن إنكارها ، فى قوة الورقة الرسمية . وفى جميع الأحوال ، سواء

= أن صاحب الختم قد وقع الورقة بختمه حتى يستكمل بذلك دليله . وقد ورد فى حكم الدوائر المجتمعة فى هذا المعنى ما يأتى : « أن إنكار التوقيع بالختم المعترف ببصمته يجعل الدليل القانونى المستفاد من الورقة ناقصاً نقصاً يكاد يكون مطلقاً . وبما أن المتمسك بالورقة هو المكلف بتقديم الدليل كاملاً على دعواه ، فعليه هو إثبات توقيع خصمه بالختم عند إنكاره كى ما يتم له الاستدلال . والقول بأن الإقرار ببصمة الختم دون التوقيع به يعتبر قرينة على هذا التوقيع من شأنها إلزام المنكر بإثبات عدم توقيعه أو بالادعاء بالتزوير هو قول فيه مخالفة صريحة للقاعدة الأولية المنصوص عليها فى المادة ٢١٤ مدنى وهى جعل عبء الإثبات على المدعى . على أنه يلزم أن يكون إنكار التوقيع جدياً لا يكذبه الظاهر من وقائع الدعوى بحيث لو تراءى للمحكمة من تلك الوقائع وظروفها أن الورقة المتنازع عليها صحيحة ، وأن الإنكار لم يكن الغرض منه إلا المظل والمكيدة ، فلها مطلق السلطة فى الحكم بصحة الورقة دون الإحالة على التحقيق بشرط بيان أسباب ذلك الحكم » (استئناف مصر الدوائر المجتمعة ٤ مايو سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٠٦ ص ٣٦٧) . وكان حكم الدوائر المجتمعة هذا عقب اختلاف واضطراب فى القضاء فى خصوص هذه المسألة . فن المحاكم ما كان يقضى بالمعنى الذى أخذت به الدوائر المجتمعة : استئناف مصر ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ ص ٧٥ (الاعتراف بالختم لا يمنع دعوى الإنكار لأن الختم منفصل من صاحبه فيجوز التوقيع به دون علمه ، بخلاف الإمضاء فإن الاعتراف بها مع إنكارها لا يتصور) - استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٣٧ - ١٥ يونية سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٣٧٢ - وفى إنكار التوقيع يجوز للخصم أن يوجه اليه الحاسمة إلى من أنكر توقيعه (استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٤٨) ، أما الطعن بالتزوير فلا يجوز فيه توجيه اليه الحاسمة (استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٩ - ١٩ مايو سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ٣٥١) - ومن المحاكم ما كان يقضى بأن صاحب الختم هو الذى يقع عليه عبء إثبات أنه لم يوقع الورقة بختمه ولكن دون حاجة لأن يسلك فى ذلك طريق الطعن بالتزوير : محكمة الاستئناف الأهلية فى ٩ وفى ١٩ يناير سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ١٠٠ - محكمة اسوان ٢٠ نوفمبر المجموعة الرسمية ٦ رقم ٥٦ - ومن المحاكم ما كان يقضى بأن صاحب الختم ما دام قد اعترف ببصمة ختمه لا يبقى أمامه إذا أراد عدم الاعتراف بالتوقيع إلا طريق الطعن بالتزوير : محكمة الاستئناف الأهلية ٢٩ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ ص ٥٥ - ٧ يناير سنة ١٩٢٤ و ٢٨ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة ٢٦ ص ٢٠ - استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ١٢ - ١٠ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٤٧ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٣ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٦ .

وبعد إنشاء محكمة النقض اضطرت أحكام هذه المحكمة على عكس ما قضت به محكمة استئناف مصر فى دوائرها المجتمعة ، ويمكن القول أن القضاء قد استقر الآن فى مصر على أن من يقر ببصمة ختمه لا يجوز له أن ينكر التوقيع بالختم إلا إذا سلك طريق الطعن بالتزوير . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن القانون المصرى أقام حجية الأوراق على شهادة ذات الإمضاء =

اعترف بالورقة أو سكت عن إنكارها أو أنكرها وأثبت التحقيق صدورها منه ، يجوز له أن يطعن في هذه الورقة العرفية بالتزوير ، كما يجوز له ذلك في الورقة

= أو الختم الموقع به عليها ، ففى اعتراف الخصم الذى تشهد عليه الورقة بأن الإمضاء أو الختم الموقع به عليها هو إمضاءه أو ختمه أو متى ثبت ذلك بعد الإنكار بالدليل الذى يقدمه المتمسك بالورقة ، فلا يطلب من هذا المتمسك أى دليل آخر لاعتماد صحة الورقة وإمكان اعتبارها حجة بما فيها على خصمه صاحب الإمضاء أو الختم . ولا يستطيع هذا الخصم التنصل مما تثبت عليه الورقة إلا إذا بين كيف وصل إمضاءه هذا الصحيح أو ختمه هذا الصحيح إلى الورقة التى عليها التوقيع وأقام الدليل على صحة ما يدعيه من ذلك ، فإن هذه هى منه دعوى تزوير بحتة يجب أن يسار فيها بطريقها القانونى ، ذلك بأن القانون لا يعرف إنكار التوقيع بالختم ، بل لا يعرف إلا إنكار بصمة الختم (نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٤ ص ٣٤٦) . وقضت أيضاً بأن القانون فى باب تحقيق الخطوط لا يعرف إلا إنكار الختم ذاته ، فن يعترف بالختم ولكن ينكر التوقيع به لا يقلل منه هذا الإنكار ، بل عليه أن يدعى بالتزوير فى الورقة ويقيم هو الدليل عليه . فإذا دفع شخص بإنكار التوقيع ، فلا يصح النظر فى دفعه على اعتبار أنه إنكار للتوقيع ، بل المتعين على المحكمة أن تثبت اعتراف المتمسك بهذا الدفع بختمه ثم تقضى بعدم قبول هذا الدفع بالإنكار . وإن عدم قبول إنكار التوقيع بالختم المعترف به لا يسىغ الحكم بصحة الورقة المذكورة ولا بتوقيع الغرامة على الدافع بهذا الضرب من الإنكار ، لأن الحكم بصحة الورقة لا يكون كما هو صريح نص المادة ٢٧١ مرافعات (٢٧٦ جديد) إلا فى حق الدافع بالإنكار المنصب على ذات الختم أو ذات الكتابة أو ذات الإمضاء ، والذى يقبل وينظر موضوعاً ويجرى فيه التحقيق بالطريق المرسوم فى القانون أو بغيره من الطرق القانونية التى يراها القاضى ، ثم يتبين بعد التحقيق أن إنكار ذات الختم أو ذات الكتابة أو ذات الإمضاء هو إنكار غير صحيح . كما أن الحكم بالغرامة لا يوقع إلا إذا حكمت المحكمة بصحة الورقة ، والحكم بصحتها ممتنع فى صورة عدم قبول الدافع بإنكار التوقيع بالختم مع الاعتراف به كما تقدم ، وإذن الغرامة لا يمكن توقيعها فى تلك الصورة لانتفاء شرط توقيعها (نقض مدنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٤ ص ٧٢١) . وقضت أيضاً بأنه إذا اعترف شخص بختمه ولكنه أنكر التوقيع به ، وقبلت المحكمة الدفع بإنكار التوقيع ورأت بعد بحثه موضوعياً أنه دفع غير جدى وقضت برفض طلب الإحالة على التحقيق وبصحة الورقة وبتوقيع غرامة على من دفع بهذا الضرب من الإنكار ، ونقضت محكمة النقض هذا الحكم فيما يتعلق بقبوله الدفع بإنكار التوقيع بالختم مع الاعتراف به ثم بفصله فى موضوعه مقرر أن هذا الإنكار غير مقبول ، وقضت تبعاً لذلك بعدم صحة الحكم فيما قضى به من صحة الورقة ومن الغرامة ، فحكم محكمة النقض بعدم قبول إنكار التوقيع وبما يستتبعه من تلك النتيجة لا يمس ما للورقة من القيمة ، بل إنها تبقى حافظة لقوتها كورقة معترف بصحة الختم الموقع به عليها ولا تقبل مطلقاً سوى الطعن فيها بالتزوير (نقض مدنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٤ ص ٧٢١ وهو نفس الحكم السابق) . وقضت كذلك بأنه إذا طعن أحد الخصوم بالتزوير فى ورقة على اعتبار أن مورثه المنسوب له التوقيع على عقد ما لا ختم له مطلقاً ، فلا مانع قانوناً من أن يعيد طعنه على اعتبار أنه مع تسليمه بأن بصمة الختم =

(م ١٣ الوسيط — ج ٢)

الرسمية ، ويحمل هو عبء إثبات تزويرها (١).

١١٢ — أهمية الورقة العرفية من حيث صحة الوقائع التي وردت بها :

ويجب التمييز بين صدور البيانات المدونة في الورقة العرفية ممن وقعها (réalité matérielle) — وهذه كما رأينا تقوم عليها قرينة مؤقتة تسقط بمجرد إنكار الورقة دون حاجة إلى الطعن بالتزوير — وبين صحة هذه البيانات في ذاتها (sincérité morale)، وهل هي وقائع جدية أو هي صورية . فإذا كانت الورقة العرفية تثبت مثلاً أن يباع صدر من شخص إلى آخر وأن المشتري قبض الثمن ، افترض أن هذه الوقائع جميعها جدية غير صورية ، وكان ذكرها في الورقة

= الموقع به على ذلك العقد صحيحة ، فإن مورثه لم يوقع بنفسه بهذا الختم عليه أو أنه قد حصل تزوير في العقد بالمحو والكشط والتحشير في جزء منه . وإذن فلا يقبل الطعن بطريق النقض المقدم منه متى ثبت أن الحكم المطعون فيه قد اقتصر على إثبات صحة بصمة الختم دون التعرض لمسألة التوقيع على العقد بمعرفة مورثه ، لأن حقه في الطعن أمام محكمة الموضوع في التوقيع على العقد بمعرفة مورثه وفي الطعن الأخرى التي لم تقدم لمحكمة الموضوع لا يزال محفوظاً في هذه الحالة ، فلا مصلحة له في الطعن أمام محكمة النقض (نقض مدني ١٣ فبراير سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ٧ ص ١٥٩) — انظر أيضاً نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٨٥ ص ٤٠٩ .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن عدم تمكن المدعى من إثبات صدور عقد من هو منسوب إليه لا يؤخذ منه حتماً أن هذا العقد مزور ، وأن الحكم ببرد العقد وبطلانه لا يكون إلا بناء على دعوى تزوير يقيمها من نسب هذا العقد إليه (استئناف ٥ أبريل سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٩٨) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن مسألة قبول دعوى التزوير بعد الإنكار مسألة خلافية ، فإذا أخذت المحكمة بالرأي القائل بقبولها كان لها أن تحكم بما تراه وإن جاء مخالفاً لما حكمت به أولاً ، وإلا لما كان هناك معنى للقول بجواز قبولها بعد الإنكار . وإذا حصل الإنكار وحكم بصحة الورقة المنكورة ، ثم طعن فيها بالتزوير وقبلت أدلته وحكم ببرد الورقة وبطلانها ، لم يبق في القضية إلا الحكم الثاني الصادر في دعوى التزوير وهو وحده الحكم المعتمد . فلا محل إذن للقول بوجود تناقض موجب لرفع التماس عن الحكم الثاني (استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٥٠ ص ١١٥) . وقضت محكمة استئناف أسيوط بأنه يجوز الطعن بالتزوير في ورقة سبق الحكم بصحتها بعد اتباع إجراءات تحقيق الخطوط أو بعد الإقرار بها متى توافرت أدلة جديدة على تزويرها (استئناف أسيوط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ٤ ص ٩٤) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه من المسلم أن الخصم ، حتى بعد تمام إجراءات تحقيق الخطوط ، يستطيع أيضاً أن يظن في الورقة بالتزوير ، ولكن يجب أن تجتمع عنده أدلة متبعة =

العرفية قرينة على أنها صحيحة . ولكنها قرينة يجوز دحضها بإثبات العكس^(١) .
فلصاحب التوقيع أن يثبت في مواجهة الطرف الآخر أن البيع صوري أو أن
التمن لم يقبض . ولا يقتصر صاحب التوقيع هنا على الإنكار - كما فعل عندما
أنكر صدور الورقة منه - بل يقع عليه عبء إثبات العكس طبقاً للقواعد العامة .
ومن هذه القواعد أنه لا يجوز ، بالنسبة إلى الطرف الآخر ، إثبات ما يخالف
الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة .

ويدخل في صحة الوقائع صحة تاريخ الورقة العرفية . فالتاريخ الذي تحمله
هذه الورقة تفترض صحته ، حتى يثبت صاحب التوقيع أنه غير صحيح وأن
حقيقته كذا ، ولا يثبت هنا أيضاً ما يخالف المكتوب إلا بالكتابة^(٢) .

كذلك قيام التصرف القانوني في ذاته ، من صحة ونفاذ وغير ذلك ، كل
هذا يفتح باب الطعن فيه أمام صاحب التوقيع ، ولا يمنعه اعترافه بصدور
الورقة منه من أن يطعن في التصرف القانوني - لافي الورقة - بالغلط أو بالتدليس
أو بالإكراه أو بعدم مشروعية السبب أو بأي دفع موضوعي أو شكلي آخر .

= مقبولة تكفى لهدم عناصر الإثبات التي سبق تقديمها في إجراءات تحقيق الخطوط (استئناف مختلط
٢٥ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٦٦) . وقضت أيضاً بأنه يمكن الالتجاء إلى إجراءات
الطعن بالتزوير في أية حالة كانت عليها الدعوى ، حتى في خلال إجراءات تحقيق الخطوط ، فتوقف
هذه ، ويسار في تلك (استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٣) . انظر أيضاً
استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٨٣ (يجوز الطعن بالتزوير في ورقة عرفية بعد
الاعتراف بالتوقيع أو الخط أو بعد تحقيق ذلك) .

انظر في هذه المسألة أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢١٩ - ص ٢٢٠ - بلانيول وريبير
وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٠ ص ٩١٨ - ص ٩١٩) .

(١) أما في الورقة الرسمية فقد رأينا أن صحة البيانات في ذاتها يجب التمييز فيها بين ما يعد
إنكاره طعناً في أمانة الموثق فيجب سلوك دعوى التزوير في هذا الإنكار ، وبين البيانات التي
لا يتضمن إنكارها طعناً في أمانة الموثق والإنكار هنا يكتفى فيه بتحميل المنكر عبء إثبات العكس
كما هي الحال في جميع البيانات الواردة في الورقة العرفية (بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٤٢) .

(٢) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٣٦ - ١٧ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧
ص ٩١ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٦٢ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٦٦
- ١٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٩٧ - ٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٥ - ١٢ ديسمبر
سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٦٨ - ٣ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٢ - ٧ يونيو سنة ١٩٢٨
م ٤٠ ص ٤١١ .

المطلب الثاني

حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير

١١٣ - تعريف مبدئي للغير : الغير هنا - كالغير في حجية الورقة

الرسمية - هو كل شخص يجوز أن يسرى في حقه التصرف القانوني الذي تثبته الورقة العرفية، ومن ثم يصح أن يحتج عليه بهذه الورقة كدليل على التصرف الذي يراد أن يسرى في حقه . وهو بوجه عام الخلف العام والخلف الخاص والدائن .

وسرى أن « الغير » تضيق دائرته في حجية تاريخ الورقة العرفية^(١) .

ونستعرض حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير - كما استعرضناها فيما بين الطرفين - (١) من حيث صحة صدورها من صاحب التوقيع . (ب) ومن

= وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «إن تاريخ الورقة العرفية يعتبر حجة فيما بين المتعاقدين حتى يثبت العكس ، شأنه من هذا الوجه شأن سائر ما يدون في هذه الورقة من البيانات . ويتعين على من يريد تحصيل الدليل العكسي في هذه الحالة، أن يلتزم أحكام القواعد العامة في ذلك . ومؤدى هذا وجوب التقدم بدليل كتابي ، إذ لا يجوز نقض الثابت كتابة إلا بالكتابة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٣) .

هذا ولما كان الغالب أن صحة التاريخ فيما بين الطرفين لا تناقش إلا عند ادعاء تقديم التاريخ أو تأخير بطريق الفش ، وكان الفش يبرر الإثبات بجميع الطرق ، فإنه يقع كثيراً أن يتمكن أحد الطرفين أن يثبت في مواجهة الآخر عدم صحة التاريخ حتى بالبيئة أو بالقرائن (استئناف مصر ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٧ ص ٧٠ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٨ ص ٧٢ - ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٠٨ - أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٢٠ هامش رقم ١٠٠ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٣ ص ٩٢٠ - ص ٩٢٢) .

(١) «والغير» - كما هو معروف - يختلف تحديده تبعاً لأوضاعه المختلفة . فالغير في حجية الورقة العرفية قد حددناه ، وسنحدده تحديداً آخر في التاريخ الثابت ، وفي حجية الشيء المقضي ، وفي الصورية . وله تحديد خاص يختلف عما تقدم في أثر العقد أو سريانه وفي التسجيل . وهو في كل وضع من هذه الأوضاع يتحدد على نحو يتلاءم مع هذا الوضع . والفكرة المشتركة في كل هذه الأوضاع أن أثراً قانونياً معيناً قد يمتد لشخص تقضي المبادئ العامة للقانون بحمايته من أن يمتد إليه ، فيعتبر من «الغير» بالنسبة إلى هذا الأ^٢ .

حيث صحة الوقائع التي وردت بالورقة . ونضيف مسألة ثالثة لها هنا أهمية خاصة : (ج) ومن حيث صحة التاريخ الذي تحمله الورقة .

١١٤- (١) أهمية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير من حيث صدورها

من وقع عليها : هي نفس الحجية فيما بين الطرفين على النحو الذي قدمناه . فتعتبر الورقة العرفية ، بالنسبة إلى الخلف العام (الوارث والموصى له بجزء من التركة) والخلف الخاص والدائن ، صادرة من صاحب التوقيع إلى أن ينكر - صاحب التوقيع لا الغير - صدورها منه دون حاجة إلى أن يطعن فيها بالتزوير^(١) . أما إذا اعترف بالورقة أو سكت ، فقد أصبحت الورقة حجة عليه وعلى الغير معاً ، وإذا أراد هو ، أو أراد الغير ، إنكارها بعد ذلك فلا سبيل إلا الطعن بالتزوير^(٢) .

وإذا احتج بالورقة العرفية بعد موت صاحب التوقيع على الوارث أو الموصى له أو الخلف الخاص أو الدائن ، فإن هؤلاء لا يطلب منهم إنكار صريح ، كما كان يطلب من صاحب التوقيع ، لإسقاط حجية الورقة العرفية ، بل يكتفى من أى منهم ، حتى لا تكون الورقة حجة عليه إلا بعد التحقيق ، أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق .

(١) ونص التقنين الجديد أدق في هذا المعنى من نص التقنين القديم . فقد كان النص القديم يقضى بالألا تكون الأوراق العرفية «حجة على غير المتعاقدين بها إلا إذا كان تاريخها ثابتاً ثبوتاً رسمياً» ، فكان النص يوهم أن الورقة العرفية لا تكون حجة في جميع مشتملاتها على الغير إلا إذا كانت ثابتة التاريخ . أما نص التقنين الجديد فيقضى بالألا تكون «الورقة العرفية حجة على الغير في تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت» ، فهي إذن في غير التاريخ حجة على الغير دون حاجة لتاريخ ثابت . وقد كان المشروع الأول الذي وضعه الأستاذ استنويث في الإثبات يتضمن نصاً صريحاً في هذا المعنى ، ولكن حذف هذا النص في المشروع التمهيدى اكتفاء باستنباط الحكم من مضمون نص المادة ٣٩٥ (انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٦٤ مكررة ص ٩٠ وفقرة ٦٣ ص ٨٦ هامش رقم ١) .

(٢) انظر مقالا للأستاذ سليمان مرقس في قوة المحررات العرفية في الإثبات منشوراً في مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٤ ص ٢٥٩ . وسنعود للإشارة إلى هذا المقال القيم .

وهذا بعد كل ما يستطيع أن يؤكد ، فلا يطلب منه أكثر من ذلك^(١).

١١٥ - (ب) أهمية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير من حيث صحة

الوقائع التي وردت بها : وهنا الحجية أيضاً هي نفس الحجية فيما بين الطرفين على النحو الذي قدمناه . فللوارث مثلاً أن يثبت صورية الوقائع الواردة في الورقة العرفية وفقاً للقواعد المقررة في الإثبات . وكذلك يفعل الخلف الخاص والدائن ، ويلاحظ هنا أن كلا من هذين يعتبر من الغير في الصورية ، فله أن يثبتها بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن^(٢).

ولهؤلاء جميعاً أن يدفعوا التصرف القانوني الذي تثبته الورقة العرفية بجميع الدفوع الموضوعية والشكلية التي كانت لصاحب التوقيع . فلهم أن يطلبوا إبطال

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « فليس في الوسع ، إزاء ما يفرق هذين المركزين ، إلا أن يباح للوارث أو الخلف الاكتفاء بنفى علمه بأن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة لم تلتق عنه حقه ، دون أن يقف موقف الإنكار صراحة . على أنه رؤى من الأنسب اقتفاء أثر المادة ١٢٢٣ من التقنين الكندي ، فنص على وجوب تعزيز إقرار الوارث أو الخلف بيمين يؤديها درءاً لما يحتمل من تعسف هذا أو ذاك في استعمال الرخصة المخولة له . وقد أثر المشروع استعمال عبارة التقنين الهولندي ، فنص على أنه يكتفى من الوارث أو الخلف أن يقرر أنه لا يعلم أن الإمضاء لمورثه ، دون أن يجتزئ من الوارث بنفى العلم بإمضاء مورثه .

فإذا أنكرت نسبة الورقة العرفية صراحة ، أو نى الوارث أو الخلف علمه بذلك ، زالت عنها مؤقتاً قوتها في الإثبات ، وتعين على من يريد التمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها باتباع الإجراءات الخاصة بتحقيق الخطوط . وقد جرى القضاء المصري على ذلك رغم خلو التقنين الراهن من نص خاص في هذا الشأن (استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٦٩) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٩ - ص ٣٧٠) .

(٢) انظر الأستاذ سليمان مرقس في مقاله في قوة المحررات العرفية في الإثبات (مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٥٦ - ص ٢٥٧) ، وقد جاء فيها ما يأتي : « . . . حتى بالنسبة لهؤلاء الأشخاص المقصودين بالغير في المادة ٢٢٨ (م ٣٩٥ جديد) يكون المحرر العرفي حجة بذاته ، ولا يحتاج إلى ثبوت تاريخه بوجه رسمي إلا لإمكان الاحتجاج بتاريخه فقط . فثلاً إذا صرفنا النظر عن أحكام قانون التسجيل يكون الدائن المرتهن من الغير الذين يجوز لهم التمسك بالمادة ٢٢٨ بالنسبة لعقد البيع العرفي الصادر من الراهن ، فلا يمكن الاحتجاج عليه بتاريخ البيع ، ولكن هذا لا يمنع المشتري من الاحتجاج عليه بحصول البيع ومن اعتبار نفسه حائزاً للعقار المرهون ، مع ما يترتب على ذلك من ثبوت حق التطهير له ومن وجوب اتخاذ الإجراءات ضده » (مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٥٦ - ص ٢٥٧) .

التصرف لنقص الأهلية أو للغلط أو التدليس أو الاكراه أو الاستغلال ، ولهم أن يدفعوا ببطالان التصرف لعدم مشروعية المحل أو السبب أو لعدم استيفاء الشكل ، ولهم أن يتمسكوا بانقضاء الالتزام بالوفاء أو بغيره من أسباب الانقضاء ، إلى غير ذلك من الدفوع .

أما صحة التاريخ الذى تحمله الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير فله شأن آخر ، وهو ما ننتقل الآن إليه .

١١٦ - (ج) أهمية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير من حيث

صحة التاريخ الذى تحمله الورقة : هذه هى أهم مسألة فى حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير . فالورقة العرفية تحمل تاريخاً معيناً ، يفترض فيما بين الطرفين أنه هو التاريخ الصحيح حتى يثبت العكس . فهل للتاريخ هذه الحجية بالنسبة إلى الغير ؟

ظاهر أن هذا لا يمكن التسليم به . فقد يكون الطرفان متواطئين فى تقديم التاريخ أو فى تأخيرته لتحقيق غرض معين . يتواطآن فى تقديم التاريخ حتى يتفاديا مثلاً الطعن بالدعوى البوليصية من دائن تاريخ سنده متقدم على البيع الذى تشهد به الورقة العرفية فيقدمان تاريخ الورقة حتى يكون البيع أسبق من سند الدائن فلا يستطيع هذا أن يطعن فى البيع بالدعوى البوليصية . أو يقدمان تاريخ البيع حتى لا تطعن الورثة بأنه وقع فى مرض الموت . وقد يتواطآن فى تأخير التاريخ حتى يتفاديا الطعن فى التصرف بنقص الأهلية ، فيؤخرا تاريخ الورقة ليخفيا أن أحد المتعاقدين كان قاصراً وقت التعاقد^(١) .

فالمعقول إذن ألا يكون تاريخ الورقة العرفية حجة على الغير إلا إذا كان ثابتاً على وجه قاطع ، وعلى هذا جرى نص القانون . وحتى نتناول هذه المسألة بالبحث نستعرض أولاً نص القانون ، ثم نحدد ثانياً من هو المقصود بالغير ، ثم نبين ثالثاً ما هى الأوراق العرفية التى تخضع لتطبيق القاعدة ، ثم نتكلم أخيراً فى الطرق التى يصبح بها التاريخ ثابتاً فى هذه الأوراق .

(١) الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٦٣ ص ٨٨ .

١١٧ - (أولا) النصوص القانونية : تنص المادة ٣٩٥ من

التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - لا تكون الورقة العرفية حجة على الغير في تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت . ويكون تاريخ الورقة ثابتاً : (أ) من يوم أن تقيّد بالسجل المعد لذلك (ب) من يوم أن يثبت مضمونها في ورقة أخرى ثابتة التاريخ (ج) من يوم أن يؤثر عليها موظف عام مختص (د) من يوم وفاة أحد ممن لهم على الورقة أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ، أو من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعله في جسمه ، وبوجه عام من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه » .

« ٢ - ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادتين ٢٢٨-٢٢٩/٢٩٣-٢٩٤ (٢)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٣٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« ١ - لا تكون الورقة العرفية حجة على الغير إلا إذا كان لها تاريخ ثابت . ٢ - ويكون لها تاريخ ثابت : (أ) من يوم أن تقيّد بالسجل المعد لذلك (ب) من يوم أن يثبت مضمونها في ورقة أخرى ثابتة التاريخ (ج) من يوم أن يؤثر عليها موظف عام مختص أو عضو من أعضاء الهيئة القضائية (د) من يوم وفاة أحد ممن لهم على الورقة خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة يكون معترفاً بها ، أو من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعله في جسمه (هـ) من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوع هذا الحادث .

٣ - ومع ذلك يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف ، ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات » . وفي لجنة المراجعة أدمجت الفقرتان الأولى والثانية في فقرة واحدة ، وعدل صدر المادة للوصول إلى المعنى المقصود فأصبح : « لا تكون الورقة العرفية حجة على الغير في تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت » ، وأدمج البند (هـ) في البند (د) مع إضافة عبارة تجعل البند (هـ) المدمج حكماً عاماً بعد تخصيص . وأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه نهائياً في التقنين الجديد ، وأدمج في المشروع النهائي تحت رقم ٤٠٨ . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٩٥ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٢ و ٣٧٥ - ص ٣٧٦) .

(٢) كانت المادة ٢٢٨/٢٩٣ من التقنين المدني القديم تنص على ما يأتي : « لكنها (المحررات الغير الرسمية) لا تكون حجة على غير المتعاقدين إلا إذا كان تاريخها ثابتاً ثبوتاً رسمياً » . وكانت المادة ٢٢٩/٢٩٤ تنص على ما يأتي : « ثبوت التاريخ يكون إما بقيد المحررات المذكورة في سجل عمومي بتمامها أو ملخصها فقط إذا كانت مؤشراً عليها بما يفيد حصول التسجيل . وكذلك =

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ١١ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٥٦ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ١٥٢ ، وفي التقنين المدني للمملكة المتحدة الليبية المادة ٣٨٢^(١) - ويقابل

= يكون التاريخ ثابتاً إذا كان في المحررات خط أو إمضاء أو ختم ثابت لإنسان توفي أو كانت عليه إشارة من أحد المأمورين العموميين المختصين بذلك أو من أحد القضاة ونحوهم . ولم يستحدث التقنين الجديد شيئاً . ولكن النص الجديد جاء أدق في الصياغة ، فثبت التاريخ لازم لحجية التاريخ وحده ، وسبل إثبات التاريخ أكثر تنوعاً وأوسع إحاطة . على أن التقنين الجديد لم يفعل إلا أنه قنن القضاء المصري في كل هذا .

(١) التقنينات المدنية العربية : قانون البينات السوري م ١١ . ١ - لا يكون السند العادي حجة على الغير إلا إذا كان له تاريخ ثابت . ٢ - ويكون له تاريخ ثابت : (أ) من يوم أن يصادق عليه الكاتب العدل . (ب) من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ . (ج) من يوم أن يؤشر عليه حاكم أو موظف مختص . (د) من يوم وفاة أحد من لهم على السند أثر ثابت أو معترف به من خط أو توقيع أو ختم أو بصمة أصبع ، أو من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعله في جسده . هـ) من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعاً في أن السند قد صدر قبل وقوعه . ٣ - ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعاً للظروف ألا تطبق هذه المادة على الوصولات . ٤ - لا تشمل أحكام هذه المادة الأسناد والأوراق التجارية ولو كانت موقعة أو مظهرة من غير التجار لسبب مدني ، وكذلك أسناد الاستقراض الموقعة لمصلحة تاجر برهن أو بدون رهن مهما كانت صفة المقرض .
وقد وقع القانون السوري في عدم الدقة التي وقع فيها المشروع التمهيدى للتقنين المصري : فالسند العرفي لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان له تاريخ ثابت ، وذلك بالنسبة إلى تاريخه وحده لا بالنسبة إلى مشتملاته .

التقنين المدني العراقي م ٤٥٦ (مطابقة لنص التقنين المصري فيما عدا فروقاً لفظية طفيفة) .
تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٥٢ - لا يعد السند ذو التوقيع الخاص صحيح التاريخ إلا بالنظر إلى المتعاقدين ، ولا يعد صحيح التاريخ بالنظر إلى الغير إلا من يوم إخضاعه لمعاملة التسجيل أو من يوم إثباته في سند رسمي أو من يوم وفاة أحد الموقعين أو من يوم إدراج خلاصته في سند رسمي - إن أحكام هذه المادة لا تشمل المواد التجارية ، فالرهونات التجارية والصفائح والسندات المكتوبة لأمر والتحاويل (الشكات) تعد من المواد التجارية عند تطبيق الفقرة السابقة وإن تكن موقعة أو مظهرة من غير التجار لسبب مدني ، وكذلك السندات ذات التوقيع الخاص المختصة بعمليات تسليف عملها التاجر إما على المكشوف أو مقابل رهن أية كانت صفة المقرض .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٣٨٢ (مطابقة لنص التقنين المصري الجديد) .

ويتبين من استعراض هذه النصوص ألا فرق في الأحكام في هذه المسألة ما بين التقنينات المدنية العربية المختلفة ، وقد أحسن القانون السوري واللبناني صنماً في النص صراحة على اخراج الأوراق والرهون التجارية من أحكام هذه المادة .

في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٢٨ (١).

١١٨ - (ثانياً) من هو المقصود «بالغير» في تاريخ الورقة العرفية:

ليس «الغير» بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية هو نفس «الغير» بالنسبة إلى حجة البيانات الأخرى الواردة في هذه الورقة . فقد رأينا أن الغير في الحالة الثانية هو بوجه عام الخلف العام والخلف الخاص والدائن ، أى كل شخص يجوز أن يسرى في حقه التصرف القانوني الذي تشهد به الورقة العرفية ومن ثم يجوز أن يحتاج عليه بها . أما الغير بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية فهو أخص من ذلك . ويجب أن نستمد تحديد منطقتيه من الوضع الذي هو فيه .

ويحسن قبل أن نحدد هذا «الغير» أن نحدد أولاً من لا يعتبر «غيراً» ، ثم ننتقل بعد ذلك إلى تحديد «الغير» .

١١٩ - من لا يعتبر «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية :

لا يعتبر «غيراً» ، فيحتاج عليه بتاريخ الورقة العرفية وذلك إلى أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ ، كل من كان ممثلاً في التصرف الذي تشهد به الورقة . ومن ثم لا يعتبر «غيراً» :

(١) الطرفان في الورقة العرفية ، فهذان يكون التاريخ العرفي للورقة حجة عليهما . فإذا كان أحدهما قاصراً أو محجوراً عليه ، واتفق الطرفان على تأخير التاريخ حتى لا ينكشف أن التصرف قد صدر وقت القصر ، أو على تقديمه حتى لا ينكشف أن التصرف قد صدر وقت الحجر ، كان التاريخ المؤخر أو المقدم حجة عليهما ، إلا أن يثبت ذو المصلحة منهما أن التاريخ غير صحيح . ولما كان

(١) وتنص المادة ١٣٢٨ من التقنين المدني الفرنسي على ما يأتي : «السندات العرفية لا يكون لها تاريخ ثابت يحتاج به على الغير إلا من يوم تسجيلها ، أو من يوم وفاة من وقعها أو وفاة أحد من وقعوها ، أو من يوم أن أدرج مضمونها في أوراق رسمية حررها موظفون عامون وذلك كحاضر وضع الأختام أو محاضر الجرد » .

(Les actes sous seing privé n'ont de date certaine contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellés ou d'inventaire).

تأخير التاريخ أو تقديمه قد وقع هنا تهرباً من أحكام القانون ، فانه يجوز إثبات ذلك بجميع الطرق ومنها البيئة والقرائن (١).

(٢) الأصل إذا كان أحد أطراف الورقة العرفية هو نائبه ، سواء كانت النيابة اتفاقية كالوكيل أو قضائية كالحارس القضائي أو قانونية كالولي والوصي والقيم . فتاريخ الورقة العرفية التي يوقعها النائب يكون حجة على الأصل ولو لم يكن تاريخاً ثابتاً ، إلا إذا أثبت الأصل عدم صحة التاريخ وأنه قدم مثلاً حتى لا ينكشف أن التصرف صدر في وقت كانت النيابة فيه قد انقضت ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البيئة والقرائن بسبب ما انطوى عليه تقديم التاريخ من الغش . وهو لا يعتبر « غيراً » لأنه كان ممثلاً في التصرف الذي أبرمه النائب لحسابه ، فيكون التاريخ العرفي لهذا التصرف حجة عليه إلى أن يثبت أنه غير صحيح (٢).

(١) ديمولومب ٢٩ فقرة ٥١٢ - فقرة ٥١٣ - لوران ٥ فقرة ٣٢٠ - فقرة ٣٢٢ و ١٩ فقرة ٢٩٦ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٤٩ - فقرة ٢٣٥٠ - الأستاذ سليمان مرقس في مقاله في قوة المحررات العرفية في الإثبات - مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٦٦ - محكمة استئناف مصر في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٧ ص ٧٠ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٨ ص ٧٢ (يجوز للقيم على المحجور عليه ، كما يجوز للمحجور عليه نفسه إذا زالت عنه أسباب الحجر ، أن يطعن في صحة التواريخ الموضوعة على العقود العرفية التي لم يكن لها تاريخ ثابت سابق على الحجر ، إلا أن عبء الإثبات في جميع ذلك يقع على عاتق القيم أو المحجور عليه ، فلهما إقامة الدليل بكافة الطرق القانونية بما فيها البيئة والقرائن على وقوع الغش في المحررات المشار إليها بتقديم أو تأخير التواريخ الموضوعة عليها) .

كذلك التاريخ العرفي لمخالصة تمت ما بين شخص قد بلغ سن الرشد ووصيه يكون حجة على الأول ، إلى أن يثبت عدم صحة التاريخ وأنه أخر حتى لا يقع في مدة سابقة على الفصل نهائياً في الحساب وفقاً للمادة ٣٥ من قانون المحاكم الحسبية .

انظر مثلاً آخر أورده بودرى وبارد لشخص رتب إيراداً لشخص آخر مدى حياة شخص ثالث ، بورقة تاريخها غير ثابت يسبق موت الشخص الثالث بأكثر من عشرين يوماً ، فيكون هذا التاريخ حجة على الدائن بالإيراد إلى أن يثبت أنه قدم ليسكون سابقاً على الموت بهذه المدة تطبيقاً لأحكام المادة ١٩٧٥ من التقنين المدني الفرنسي (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٥٠ - ص ٨٠) .

(٢) ديمولومب ٢٩ فقرة ٢١٦ - لوران ١٩ فقرة ٣٠١ - أوبري ورو ١٢ ص ٢٤٢ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٥١ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ ص ١٤٨٣ - بيدان وپرو ٩ =

(٣) الوارث وكل خلف عام كالموصى له بحصة من التركة . ذلك أن الخلف العام يعتبر ممثلاً في جميع العقود التي يبرمها السلف ، فتسرى في حقه هذه التصرفات أياً كان تاريخها إلى يوم موت المورث . وما دام أنه كان ممثلاً في التصرف ، فلا يعتبر « غيراً » بالنسبة إلى تاريخه . فالبيع المدون في ورقة عرفية الصادر من المورث يكون حجة في تاريخه العرفي على الوارث كما هو حجة على المورث ، ومن ثم لا تعتبر العين المبيعة جزءاً من التركة يمتد إليها حق الوارث^(١) . وإذا باع شخص داراً بورقة عرفية غير ثابتة التاريخ ، وكان محجوراً عليه للسفاهة ولكن تاريخ الورقة سابق على تسجيل قرار الحجر ، فإن هذا التاريخ يكون حجة على السفاهة وعلى ورثته جميعاً ، ولا يستطيع أحد منهم أن ينقض هذه الحجية إلا إذا أثبت أن التاريخ قد قدم عمداً حتى يصور البيع واقعاً في وقت لم يكن فيه البائع محجوراً عليه ، وأن التاريخ الحقيقي كان بعد تسجيل قرار الحجر (م ١١٤ — ١١٥ مدني) . ولما كان تقديم التاريخ في هذه الحالة يعتبر غشاً ، فيجوز للوارث إثبات عدم صحته بجميع الطرق^(٢) .

= فقرة ١٢٢١ ص ٣٠٠ — ص ٣٠١ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٩٦ — استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٥ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٦٨ — ٣١ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٢ — ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١١ — ٩ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٦٥ .

(١) نقض مدني ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجلة القانون والاقتصاد ١١—٢٣—٣٢ .
(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن التاريخ العرفي للسند الموقع عليه من المورث حجة على ورثته ، ما لم يطعنوا في صحة التاريخ بحصوله خطأ سهواً أو عمداً أو ما لم يطعنوا بزيوره (١٠ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٤٧ ص ٩٠٧) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأنه وإن كان للوارث الصادر لمصلحته التصرف أن يتمسك في وجه باقي الورثة بالتاريخ العرفي الذي وضعه المورث ، إلا أن هؤلاء الورثة الحق في أن يثبتوا بكافة الطرق القانونية ومنها قرائن الأحوال أن هذا التاريخ لا يتفق مع الحقيقة وأنه وضع بقصد الإيهام لجعل صدور التصرف في وقت بعيد عن الشبهات (١٤ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٠ ص ٥٥٠) . وقضت محكمة النقض بأن الموصى له بحصة في التركة لا يعتبر « غيراً » في معنى المادة ٢٢٨ (٣٩٥ جديد) إذا هو ادعى أن العقد الصادر من الموصى إنما صدر بعد طلب الحجر عليه وبأن تاريخه مغاير للحقيقة ، إذ هو خلف عام يدعى ما كان يملك سلفه ممثلاً في شخص القيم عليه أن يدعيه . ولكن لما كان هذا الادعاء ادعاءً بغش واحتيال على القانون ، كان إثباته بأي طريق من طرق الإثبات جائزاً له جوازه لسلفه ، وكان عليه عبء الإثبات لأنه مدع والبيئة على من ادعى ، فإن هو أثبتته =

والوارث لا يعتبر « غيراً » بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية كما قدمنا، يستوى في ذلك أن يدفع البيع الصادر من مورثه بمقولة إنه صدر بعد تسجيل قرار الحجر للسفه ، أو بمقولة أنه صدر من المورث وهو في مرض الموت . في الحالتين معاً يكون التاريخ غير الثابت حجة عليه . وفي الحالتين معاً يستطيع أن يثبت عدم صحة التاريخ بجميع طرق الإثبات ، ما دام أن هذا التاريخ قد قدم غشاً لإخفاء أن البيع إنما صدر بعد تسجيل قرار الحجر أو صدر في مرض الموت . ولا يعتد - في صدد حجية التاريخ - بأن الوارث في حالة الحجر إنما يهاجم البيع باعتباره خلفاً لمورثه فيستمد منه هذا الحق كما لو كان المورث هو الذي يهاجم البيع ، وهو في حالة مرض الموت إنما يهاجم البيع بمقتضى حق له خاص (droit propre) استمده من القانون ضد المشتري والمورث جميعاً . لا يعتد بهذا الفرق ، قلنا ، في صدد حجية التاريخ ، وإنما يعتد به في صدد سريان البيع . فإذا أثبت الوارث أن البيع قد صدر بعد تسجيل قرار الحجر ، جاز له ، باسم مورثه ، أن يطلب إبطال البيع للسفه . أما إذا أثبت أن البيع قد صدر في مرض الموت ، جاز له ، باسمه هو لا باسم مورثه ، أن يطلب عدم سريان البيع في حقه فيما زاد على ثلث التركة . وهذا بخلاف حجية التاريخ ، فيستوى فيها أن يهاجم الوارث التصرف الصادر من مورثه المحجور بمقتضى حق استمده منه وخلفه عليه ، أو يهاجم التصرف الصادر من مورثه وهو في مرض الموت بمقتضى حق شخصي استمده من القانون . ففي الحالتين توافرت له المصلحة في مهاجمة التصرف . وإذا كانت هذه المصلحة قد استمدها من مورثه في الحالة الأولى ومن شخصه في الحالة الثانية ، فإن هذا لا يمنع من أنه ليس « غيراً » في الحالتين ، فيحتج عليه فيهما معاً بالتاريخ العرفي للتصرف الصادر من مورثه

== سقطت حجية التاريخ العرفي للعقد، وإن لم يثبت بقيت هذه الحجة (نقض مدني ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٨ ص ٥٠٧) . هذا ويلاحظ أن الموصي له بحصة من التركة إذا لم يستطع إثبات التاريخ الحقيقي ، فقامت حجية التاريخ العرفي في حقه ، يستطيع ، مع التسليم بأن التصرف صدر قبل تسجيل قرار الحجر ، أن يتمسك بالمادة ١١٥ فقرة ٢ مدني فيثبت أن التصرف كان نتيجة استغلال أو تواطؤ (وفي حالة الحجر للجنون أو العتة يتمسك بالمادة ١١٤ فقرة ٢ فيثبت أن حالة الجنون أو العتة كانت شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها) . انظر أيضاً بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٥٣ - فقرة ٢٣٥٤ - أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٣٢٥ - ص ٢٢٦ وهاش رقم ١٠٦ .

إلى أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح^(١).

والذى أوقع اللبس فى هذه المسألة هو الخلط ما بين «الغيرية» فى سريان التصرف «والغيرية» فى ثبوت التاريخ . فالوارث ، فى تصرفات مورثه الصادرة فى مرض الموت ، يعتبر «غيراً» من ناحية سريان هذه التصرفات فى حقه ، فهى لا تسرى عليه فيما يجاوز ثلث التركة . ولا يعتبر «غيراً» من ناحية ثبوت التاريخ ،

(١) وما نقرره فى هذه المسألة يخالف ما سبق أن قررناه فى الموجز (فقرة ٦٣٨ ص ٦٦٩) ، ويخالف ما أجمع عليه الفقه فى مصر من أن الوارث يعتبر «غيراً» فى التصرفات الصادرة من مورثه فى مرض الموت : انظر الأستاذ محمد كامل مرسى فى تصرفات المريض مرض الموت فقرة ٢٣ ص ٢٩٧ - الأستاذ حلمى بهجت بدوى فى أصول الالتزامات فقرة ٢٠٠ ص ٢٩٦ - الأستاذ شفيق شحاته فى الالتزامات (بالفرنسية) ص ١٠٩ - الأستاذ محمد على عرفة فى حجية المحررات العرفية بمجلة القانون والاقتصاد ١٠ ص ١٦٤ - الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢١٩ ص ٢٢٤ (وهو يعتبر الوارث من الغير ولكن يلقى عليه عبء إثبات التاريخ الصحيح ، وفى هذا القول تناقض يرجع إلى أن الوارث متى أتى عليه عبء إثبات التاريخ الصحيح فقد صار التاريخ العرفى حجة عليه إلى أن يثبت عدم صحته ، وهذا معناه أنه لا يعتبر «غيراً» بالنسبة إلى هذا التاريخ العرفى) .

وقد أخذ الفقه المصرى يتحول عن هذا الرأى الخاطئ الذى يذهب إلى اعتبار الوارث من الغير فى التصرفات الصادرة من مورثه فى مرض الموت . ويرجع الفضل فى هذا التحول إلى الأستاذ سليمان مرقس ، فقد أثبت فى مقاله القيم : (قوة المحررات العرفية فى الإثبات وحجية تاريخها على الوارث الذى يطعن فيها بصدورها فى مرض الموت : مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٨٧ - ص ٣٠٤) ، خطأ الرأى الشائع فى الفقه المصرى ، ثم خلص من ذلك إلى التنبية لما لهذا الرأى الخاطئ من أثر عملى سيئ . فقال : « إن الأخذ بهذه النظرية (النظرية التى تعتبر الوارث فى تصرفات المريض مرض الموت من الغير) يترتب عليه أن كل شخص يموت عقب مرض كان يخشى منه هلاكه - وهذا هو الغالب فى الموت - ولو لم يطل هذا المرض غير أيام قليلة ، لا يمكن الاحتجاج على ورثته بتاريخ المحررات العرفية التى صدرت منه طوال حياته إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتاً بوجه رسمى . ومعنى ذلك أنه يتعين على كل من يتعامل مع آخر بورقة عرفية أن يسجل تاريخها فى الحال ، خشية أن يمرض المتعامل معه قبل موته مباشرة ، ولو بعد عمر طويل ، فيتعذر الاحتجاج على ورثته بتاريخ هذه الورقة . وبتعبير آخر أن القول بأن وارث المريض مرض الموت يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ المحررات الصادرة من المورث يجعل من الناحية العملية تسجيل التاريخ ضرورة لازمة فى كافة المحررات العرفية وفى جميع الأحوال . فيصبح شرط تسجيل التاريخ قاعدة عامة ، خلافاً لما قصده المشرع من جعله حماية استثنائية . ولا يخفى ما ينطوى عليه هذا التعميم من إرهاب للمتعاملين ومن عرقلة للمعاملات » (مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٩٩ - ص ٣٠٠) . انظر أيضاً الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٩٧ هامش رقم ١ .

فيحتاج عليه بالتاريخ العرفي للتصرف الصادر من مورثه إلى أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح^(١).

أما القضاء المصرى فى هذه المسألة فهو متردد مضطرب . بدأ يأخذ بالرأى الصحيح . ثم رجع عنه إلى الرأى الخاطىء . ثم وقف بين الرأين : فهو من الناحية العملية على هدى من أمره إذ يجعل تاريخ التصرف الصادر فى مرض الموت حجة على المورث إلى أن يثبت عدم صحته ، وهو من الناحية الفقهية يبدو أنه خلط - ولا يزال يخلط - بين « الغيرية » فى سريان التصرف و « الغيرية » فى ثبوت التاريخ^(٢).

وقد سار الدكتور عبد المنعم فرج الصدة فى كتابه الإثبات (ص ١٣٩ - ص ١٤٣) على هذا الرأى الصحيح ، وختم بيانه فى هذه المسألة بالعبارة الآتية : « يخلص من هذا أن الوارث يعتبر بحسب الأصل خلفاً عاماً لمورثه ، يسرى فى حقه ما كان سارياً فى حق مورثه . ولكن الشارع جعل حق الوارث متعلقاً بالتركة من وقت مرض الموت . فخوله حق الطعن فى تصرفات مورثه أثناء هذا المرض . وبهذا يصبح الوارث من الغير بالنسبة إلى أثر هذه التصرفات ، فلا تنفذ فى حقه إلا بالقدر الذى تنفذ به الوصية . ولكن لا يعتبر من الغير بالمعنى المقصود فى المادة ٣٩٥ مدنى ، فيكون تاريخ التصرف العرفى حجة عليه بوصفه خلفاً عاماً ، إلى أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ . ولما كان الغرض من تغيير التاريخ فى هذه الحالة هو الغش والاحتيال على القانون ، فإنه يجوز للوارث أن يثبت هذا الاحتيال بجميع الطرق القانونية » (الإثبات ص ١٤٣) .

(١) وسرى أن هذا يصدق أيضاً على الدعوى البولصية . فالدائن ، فى طعنه بالدعوى البولصية على التصرف الصادر من المدين ، يعتبر « غيراً » من ناحية سريان هذا التصرف فى حقه ، فلا يسرى عليه . ولا يعتبر « غيراً » من ناحية ثبوت التاريخ ، فيحتاج عليه بالتاريخ العرفى للتصرف الصادر من المدين إلى أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح . ويتبين من ذلك أن الوارث ، بالنسبة إلى التصرفات الصادرة فى مرض الموت ، والدائن ، بالنسبة إلى الدعوى البولصية ، إنما يعتبران من الغير فى خصوص سريان أثر العقد لافى خصوص ثبوت التاريخ .

(٢) نقول إن القضاء المصرى فى هذه المسألة مر بمراحل ثلاث :

فى المرحلة الأولى كان يأخذ بالرأى الصحيح ، ويقرر أن الوارث فى تصرفات مورثه فى مرض الموت لا يعتبر من « الغير » من حيث تاريخ التصرف ، فيحتاج عليه بهذا التاريخ إلى أن يثبت عدم صحته . فقضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن التاريخ العرفى لتصرف صدر من المورث فى مرض الموت حجة على ورثته لأنهم يمثلونه (٢٤ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٤ رقم ٦٣٥ ص ٨٤٧) - وقضت محكمة استئناف مصر بأن التاريخ العرفى للعقد الصادر من المورث فى مرض موته حجة على الوارث باعتباره متلقياً حقه من المورث (١٩ مارس سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ =

وتأثر التقنين المصرى الجديد بهذا القضاء فى مرحلته الأخيرة . فنصت الفقرة الثانية من المادة ٩١٦ على ما يأتى : « وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع

= رقم ٥ ص ١٥) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأن الوارث يخلف المورث فى كل ماله وما عليه بالنسبة إلى الحق الموروث ، وبأن العقد العرفى الصادر من المورث فى مرض الموت حجة على الوارث ، وبأن للوارث ما كان لمورثه وعليه ما عليه فللوارث الطعن فى تاريخ هذا العقد باعتبار أنه وضع خطأ بطريق العمد أو السهو ، فإذا هو لم يطعن وجب الأخذ بالتاريخ العرفى (١٠ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٥٧ ص ٩٠٧) .

وفى المرحلة الثانية رجع عن هذا الرأى الصحيح إلى الرأى الخاطىء الذى ساد بعد ذلك فى الفقه المصرى . وكان الحكم الصادر من محكمة استئناف مصر فى دوائرها المجتمعة هو المؤذن بهذا التحول ، مع أن هذا الحكم لا يعرض « للغيرية » من ناحية ثبوت التاريخ بل يعرض لها من ناحية مريان التصرف . فقد فصل فى مسألة اختصاص القضاء الشرعى أو القضاء الوطنى عند الطعن فى الوقف بوقوعه فى مرض الموت ، فجاء فى أسباب حكمه ما يأتى : « ... أن الوقف (فى مرض الموت) فى ذاته صحيح ، وأن الواقف أهل للتصرف بالتبرع وغيره . ولكن لأمر خارج عنه وعن ذاتية عقده رتب الشارع ثم القانون حكماً لنفاذ الوقف أراد به صيانة حق الوارث ، لا بصفته وارثاً يثل مورثه فى كل حقوقه وعهوده ، بل بصفته أجنبياً (tiers) تعلق له فى ذمة الواقف حقوق ، شأنه فى ذلك شأن الدائن الذى سن القانون حمايته دعوى إبطال التصرفات من وقف أو بيع أو غير ذلك ... » . (استئناف مصر الدوائر المجتمعة فى ٥ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٦٠ ص ٧٥٥) . وظاهر أن الحكم عندما عرض لوارث الواقف فى مرض الموت بصفته أجنبياً (tiers) إنما يتحدث عنه فى معرض نفاذ الوقف فى حقه لا فى معرض ثبوت التاريخ . ومع ذلك توهمت بعض المحاكم أن الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف عنت أن يكون الوارث « غيراً » حتى فى تاريخ التصرف الصادر من المورث فى مرض موته . فقضت محكمة استئناف مصر بأن التاريخ العرفى للتصرف المطعون فيه لا عبرة به مطلقاً بعد أن صدر حكم الدوائر المجتمعة بتاريخ ٥ أبريل سنة ١٩٢٨ الذى قطع بأن الوارث الذى يطعن ضد سائر الورثة بمرض الموت يعتبر أجنبياً تعلق له فى ذمة المورث حقوق (٢٧ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٢٧ ص ٩٧٦) . وكان قد صدر قبل ذلك ، بل وقبل حكم الدوائر المجتمعة ، حكم من محكمة مصر الكلية الوطنية فى هذا المعنى الخاطىء ، يقضى بأن الوارث الذى يعطيه القانون حق الطعن فى تصرفات مورثه بمرض الموت يكسب بذلك من جانب المشرع نفسه حقاً شرعياً يجعله ينقلب من طبقة الخلف إلى طبقة الغير ، فلا يحتاج عليه إلا بالأوراق ثابتة التاريخ (٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ٥٣٩ ص ٩٩٦) . وثوابت الأحكام ، بعد صدور حكم الدوائر المجتمعة ، تجعل الوارث « غيراً » فى التاريخ العرفى لتصرفات مورثه الصادرة فى مرض الموت ، فلا يكون هذا التاريخ حجة عليهم ، ولا يكلفون بإثبات عدم صحته . ولا يحتاج عليهم إلا بالتاريخ الثابت : استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٤٠ ص ٦٨٢ - ١٤ يونية سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٩٨ ص ٤١٥ - محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية ١٦ فونبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٨٣ ص ٥٦٨ =

الطرق . ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً .
فالأصل أن الوارث يحتج عليه بتاريخ التصرف الصادر من مورثه ، ولو لم

= محكمة الجيزة الجزئية ٢٣ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٣٩ ص ٦٨٦ . وقد احتج بعض هذه الأحكام بأن الوارث ذا النصيب المضمون (héritier réservataire) في القانون الفرنسي يعتبر « غيراً » في التاريخ العرفي للهبات التي تصدر من مورثه ، ولكن الصحيح أن الوارث لا شأن له في ذلك ، والموهوب لهم فيما بينهم هم الذين يعتبرون من « الغير » .

وفي المرحلة الثالثة — وهي المرحلة الحالية — وقف القضاء المصري موقفاً صحيحاً من الناحية العملية ، ولكنه غير واضح من الناحية الفقهية . وقد بدأت محكمة استئناف مصر هذا الموقف بأن قضت بأن الوارث يعتبر في حكم الغير بالنسبة إلى جميع التصرفات الصادرة من المورث إضراراً بحقوقه المكتسبة بحكم القانون — وهذا صحيح ، ومعناه أن الوارث يعتبر « غيراً » من حيث سريان هذه التصرفات لا من حيث عدم الاحتجاج بالتاريخ العرفي . ولكن المحكمة بنت على ما قدمته أن الوارث لا يصح ، والحالة هذه ، أن يحتج عليه بالتاريخ العرفي الموضوع على التصرفات الصادرة من المورث إضراراً بحقه — وهذا خطأ ، لأن الوارث لا يعتبر « غيراً » من حيث التاريخ ، فيحتج عليه إذن بالتاريخ العرفي . ثم عكبت المحكمة بأن للوارث الحق في أن يثبت بكافة الطرق ومنها قرائن الأحوال أن التاريخ لا يتفق مع الحقيقة وأنه وضع بقصد الإيهام بصدور التصرف في وقت بعيد عن الشبهات — وهذا خطأ آخر من وجهة نظر المحكمة ، لأن الوارث ما دام قد اعتبر « غيراً » في تاريخ التصرف فلا يصح الاحتجاج عليه بالتاريخ العرفي ولا يجوز تكليفه بإثبات عدم صحة هذا التاريخ إذ هو لا يحتج عليه إلا بالتاريخ الثابت . ولكن الصدفه أرادت أن يكون هذا الخطأ الثاني قد صحح الخطأ الأول من الناحية العملية ، فصار التاريخ العرفي يحتج به على الوارث ثم أجاز للوارث أن يثبت عدم صحته . وكان الواجب حينئذ أن يعتبر الوارث من الناحية الفقهية خلفاً لا غيراً من حيث التاريخ العرفي ، ولكن المحكمة سمته مع ذلك « غيراً » وإن كانت قد استبقت له خصائص الخلف (انظر محكمة استئناف مصر ١٤ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٦٠ ص ٥٥٠) . وعلى هذه الوتيرة — وهذا التكييف الفقهي الخاطيء — توالى الأحكام بعد ذلك . فقضت محكمة استئناف مصر مرة أخرى بأن « الأصل أن الوارث يعتبر خلفاً لمورثه ، وعلى ذلك تكون المحررات العرفية الصادرة من المورث حجة عليه . إلا أن هناك حالات يكون الوارث فيها من الغير بالنسبة للتصرفات الصادرة من مورثه . ففي هذه الحالات ، لأجل أن يستفيد الوارث — باعتباره من الغير — بالقرينة الواردة في المادة ٢٢٨ مدني (٣٩٥ جديد) التي تمنع الاحتجاج بالمحررات غير الرسمية على غير المتعاقدين إلا إذا كان تاريخها ثابتاً ثبوتاً رسمياً ، يجب عليه أن يثبت أنه من الأغيار الذين خول لهم القانون التملك بهذه القرينة ، لا أن يفرض نفسه فرضاً في مركز الغير ويتسلك بهذه القرينة بغير إثبات ما يدعيه . فإذا طعن ورثة في سند صادر من مورثهم لزوجه اعتقاداً على أن السند تحرر في مرض الموت ، فهم في هذا الوضع وإن كانوا يعتبرون من الغير بالنسبة للتصرف الصادر من مورثهم في مرض موته ، إلا أنهم في طعنهم هذا يكونون في مركز المدعين ، ومن ثم فقد وجب عليهم أن يثبتوا أن التصرف المطعون فيه قد وقع فعلاً في مرض الموت » (٢٣ فبراير سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٧ = م ١٤ الوسيط — ج ٢)

يكن هذا التاريخ ثابتاً . ولكن إذا ادعى أن التصرف قد صدر من مورثه وهو في مرض الموت ، كانت له مصلحة في إثبات عدم صحة التاريخ وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، ومنها البينة والقرائن ، لما ينطوى عليه تقديم تاريخ التصرف

(ص ٦٩) . ولم تفعل محكمة النقض إلا أن جارت هذا الاتجاه ، خلافاً لما ظنه الأستاذ سليمان مرقس (مقالته في قوة المحررات العرفية في الإثبات المنشور في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٣٠٢ - ص ٣٠٤ وكتابه في أصول الإثبات ص ٩٧ هامش رقم ١) . فقضت بأن الوارث يعتبر في حكم الغير فيما يختص بالتصرفات الصادرة من مورثه في مرض الموت إضراراً بحقه المستمد من القانون - ونبادر إلى القول بأن هذه « غيرية » من حيث نفاذ التصرف ، ولكن محكمة النقض بنت عليها « غيرية » من حيث حجية التاريخ ، فعقبت على ما قدمته بأن للوارث أن يطعن على هذا التصرف ، وأن يثبت مطاعنه بجميع طرق الإثبات ، وإذا لم يكن التاريخ المدون بالتصرف ثابتاً رسمياً فإن له ، مع تمسك الوارث الذي صدر لمصلحته هذا التصرف بتاريخه العرفي ، أن يثبت حقيقة هذا التاريخ بجميع طرق الإثبات أيضاً (نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٢٧١ ص ٨٧٩) . ولم يتحرر هذا الموقف كثيراً في الأحكام التالية . فقد عادت محكمة النقض تقول : « إن الوارث لا يعتبر في حكم الغير فيما يختص بالتصرف الصادر من مورثه إلا إذا كان هذا التصرف واقعاً في مرض الموت إضراراً بحقه الشرعي في الميراث ، فإذا كان التاريخ المدون بالتصرف غير ثابت رسمياً وكان سابقاً على بدء هذا المرض ، فإن كل ما للوارث هو أن يثبت بجميع الطرق أن التاريخ غير صحيح وأن إبرام العقد إنما كان في مرض الموت (نقض مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٢٢٧ ص ٦٦١) . والواقع أن محكمة النقض لا تزال في موقف غير واضح من الناحية الفقهية . وهي ، وإن كانت من الناحية العملية قد عاجلت الموقف بما عاجلته محكمة استئناف مصر فجعلت التاريخ العرفي حجة على الوارث وأجازت له أن يثبت بجميع طرق الإثبات عدم صحته ، لم تجعله مع ذلك خلفاً من حيث التاريخ العرفي . ومنعها من التصريح بهذا الأمر في وضوح ما لمحت من الشبهة . ذلك أن الوارث « غير » من حيث سريان التصرف ، فهل يستتبع ذلك أن يكون « غيراً » من حيث حجية التاريخ العرفي؟ وهل معنى « الغيرية » هنا يقتصر على أن التاريخ العرفي يكون حجة عليه إلا إذا تولى إثبات عدم صحته ؟ لا يبدو من أحكام محكمة النقض أنها تجيب على هذين السؤالين بالنفي إجابة صريحة ، وكان هذا هو الواجب : انظر محكمة النقض ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠١ ص ٣٢٢ - وقارن ١٥ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٩ ص ١٣٢ - وانظر ٣٠ فبراير سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ٥٠٤ ص ١١٠٦ . ولذلك لم يدهشنا - كما أدهش الأستاذ سليمان مرقس وهو يعتقد كما قدمنا أن محكمة النقض تأخذ بالرأي الصحيح الذي يقول به - أن تعود المحكمة فتقرر أن الوارث لا يعتبر في حكم الغير إلا إذا كان طعنه على التصرف الصادر من مورثه هو أنه ، وإن كان في ظاهره بيعاً منجزاً ، إلا أنه يخفى في حقيقته وصية إضراراً بحقه في الميراث ، أو أنه صدر في مرض موت المورث فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية ، لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث التي تعتبر من النظام العام (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ =

من غش أريد به الإخلال بحقه الشخصى فى الميراث . إلى هنا ونص التقنين الجديد مستقيم . لكن تأتى بعد ذلك العبارة الأخيرة : « ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً »^(١) . وهى عبارة غير صحيحة على إطلاقها . إن أريد بها — كما هو ظاهر العبارة — إن التاريخ العرفى للتصرف الصادر من المورث لا يحتج به على الورثة ، فهذا غير صحيح ، وقد رأينا أن هذا التاريخ حجة على الوارث إلى أن يثبت عدم صحته . وإن أريد بها — كما هو التأويل المستخلص من سياق النص — أن التاريخ العرفى لا يحتج به على الوارث إلى الحد الذى يمنعه من إثبات العكس بل يجوز له مادام التاريخ غير ثابت أن

= المحاماة ٣١ رقم ٢٨٥ ص ٩٨٤) . انظر فى هذه المسألة مقال الأستاذ سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة عشرة ، وكتابه فى أصول الإثبات ص ٩٧ هامش رقم ١ ، والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ١٣٩ — ص ١٤٢ .

على أننا — إنصافاً لمحكتنا العليا — ننقل حكماً واحداً لها يبدو أنها فيه قررت رأى الصحيح فى هذه المسألة . فقد قضت بأن الوارث — بحكم كونه خلفاً عاماً لمورثه — لا يمكن أن يعد من « الغير » فى معنى المادة ٢٢٨ مدنى (٣٩٥ جديد) ، بل حكمه — بالنسبة إلى المحررات غير الرسمية التى يكون المورث طرفاً فيها — حكم مورثه . فتاريخها يكون — بحسب الأصل — حجة عليه ولو لم يكن ثابتاً ثبوتاً رسمياً ، سواء كانت صادرة إلى وارث أو إلى غير وارث . ولكن إذا ادعى الوارث أن تصرف المورث كان غشاً واحتيالا على القانون إضراراً بحقه الشرعى فى الميراث ، فطعن فيه بأنه صدر فى مرض الموت وأن تاريخه غير صحيح ، فيجوز له أن يثبت مدعاه ، ويكون عليه عبء الإثبات إذ هو مدع والبيئة على من ادعى ، وتطلق له كل طرق الإثبات إذ المضرورة بالغش لم تكن له خيرة فيه فلا وجه للتضييق عليه فى ثباته بحصره فى طريق دون طريق . فإذا كانت المحكمة حين قضت ببطالان البيع الصادر من المورث إلى بعض ورثته قد أسست ذلك على أن المدعين الذين يطعنون فى العقد بصدوره فى مرض الموت ، وهم ورثة للبائع ، لا يحتاجون بتاريخ عقد البيع غير المسجل بزعم أنهم من الغير ، وجعلت التحقق من قيام حالة مرض الموت منوطاً بالتاريخ الثابت ثبوتاً رسمياً دون التاريخ الأول (العرفى) ، غير آبهة لدفاع من صدر لهم العقد بعدم قيام حالة مرض الموت فى ذلك التاريخ غير الثابت رسمياً ، فإن حكمها بذلك يكون مخالفاً للقانون ، إذ هذا التاريخ يكون حجة على هؤلاء الورثة إلى أن يثبتوا عدم صحته (نقض مدنى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٩ ص ٦٤٨) . ولكن لا مناص من الإشارة إلى أن هذا الحكم القيم سبقته وتلت الأحكام التى أسلفنا ذكرها .

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذه العبارة ما يأتى : « ولا يحتج عليهم بتاريخ التصرف إلا إذا كان ثابتاً لأنهم يعتبرون من الغير بالنسبة له » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٨) .

يقيم الدليل على عدم صحته ، فهذا صحيح ، ولكن فيم الحاجة إلى إيراد هذا الحكم البديهي ! فن المسلم أن كل شخص يكون التاريخ العرفي حجة عليه ، ولو كان هو المتعاقد نفسه ، يستطيع أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ ! (١).

(٤) الدائن العادى . فهو لا يعتبر « غيراً » فى تاريخ الورقة العرفية التى صدرت من مدينه ، ويكون هذا التاريخ حجة عليه . ذلك أنه لا يدعى حقاً خاصاً على مال بالذات لمدينه ، فليس له إلا حق الضمان العام على جميع أموال المدين . فكل تصرف يبرمه المدين فى أمواله يسرى فى حق الدائن العادى ، إذ ينتقص التصرف من هذا الضمان العام أو يزيد فيه ، فيعتبر الدائن ممثلاً فى التصرف ، ويكون التاريخ العرفي حجة عليه كما هو حجة على المدين . على أن الدائن العادى ، بوجه عام ، لا يعنيه تاريخ التصرف الصادر من مدينه ، فسواء صدر هذا التصرف قبل نشوء حقه أو بعد ذلك ، فالتصرف سار فى حقه ، وينتقص من ضمانه العام أو يزيد فيه حسب الأحوال . مثل ذلك أن يبيع المدين داراً يملكها ، فخرج هذه الدار من ملكه انتقص من ضمان الدائن ، ويستوى فى ذلك أن يكون البيع قد صدر قبل نشوء الدائن أو بعده ، ومن ثم كان التاريخ العرفي الذى تحمله ورقة البيع حجة على الدائن بقدر ما هى حجة على المدين . ويستطيع الدائن - كما يستطيع المدين - أن يثبت عدم صحة التاريخ العرفي إذا كانت له مصلحة فى ذلك . وفى المثل السابق لا مصلحة له . وتكون له مصلحة لو أن المدين باع الدار وهو محجور عليه وقدم تاريخ البيع إلى وقت سابق على تسجيل قرار الحجر ، فهذا التاريخ العرفي حجة على الدائن كما هو حجة على المدين ، ويستطيع كل منهما - المدين بمقتضى حقه الأصيل والدائن باستعمال حق مدينه إذا كان هناك محل لذلك - أن يثبت تقديم التاريخ بجميع الطرق كما قدمنا لإبطال البيع الذى صدر من المدين وهو محجور عليه (٢) .

(١) انظر فى هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٩٧ هامش رقم ١ والدكتور عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات ص ١٤٢ - ص ١٤٣ .

(٢) والدائن العادى ، بالنسبة إلى دائن عادى آخر ، كل منهما ليس من الغير ، إذ لا تفاضل بينهما بالتاريخ ، والمتقدم لا يحجب المتأخر ، بل الاثنان سواسية فى الرجوع على المدين . وإذا دفع دائن عادى بأن حق دائن عادى آخر قد سقط بالتقدم فتاريخ الأوراق العرفية التى يتمسك بها الدائن العادى الآخر لرد هذا الدفع لا يشترط فيها أن تكون ثابتة التاريخ لتكون حجة على الدائن العادى الأول ، لأن هذا ليس من الغير (بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٣٠١) . =

ونرى من ذلك أن الدائن العادى قد يعنيه التاريخ الذى صدر فيه تصرف مدينه ، ولكن لا ليكون «غيراً» مادام المدين قد مثله فى هذا التصرف ، بل لأن له مصلحة تخول له ، مع بقاء التاريخ العرفى حجة عليه ، أن يثبت عدم صحته . ويتحقق ذلك فى دعويين : الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية .

أما فى الدعوى غير المباشرة فالدائن يطالب بحق لمدينه المعسر ، تعتمد هذا المدين عدم المطالبة به إضراراً بدائنه ، أو فى القليل أهمل فى المطالبة غير مبال بما يترتب على هذا الإهمال من مساس بالضمان العام الذى لدائنه على أمواله . هنا يتقدم الدائن ، نائباً عن المدين والنيابة أضيفت عليه بحكم القانون ، لمطالبة مدين مدينه بهذا الحق . فهو يعمل بمقتضى ماله من ضمان عام على أموال مدينه ، ولا يزال باقياً فى هذه المرحلة التمهيدية لم يجتزها إلى مرحلة التنفيذ ، ومن ثم لا يكون الدائن فى هذه الحالة «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ الأوراق العرفية الصادرة من مدينه إلى مدين المدين . فاذا تقدم مدين المدين ، فى الدعوى غير المباشرة ، بورقة عرفية صادرة من المدين تفيد إبراءه من الدين مثلاً ، كان التاريخ العرفى لهذه الورقة حجة على الدائن كما هو حجة على المدين . فالدائن ليس «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ هذه الورقة ، ولا يشترط أن يكون هذا التاريخ ثابتاً ليكون حجة عليه ، وذلك لسببين : أولهما أن الدائن إنما يعمل نائباً عن المدين ، فما يحتاج به على المدين يحتاج به على الدائن . والسبب الثانى أن الدائن فى الدعوى غير المباشرة لم يفعل غير أن يحافظ على ضمانه العام ، فهو لم ينتقل كما قدمنا إلى مرحلة التنفيذ كما هو شأن الدائن الحاجز الذى انتقل بالحجز إلى هذه المرحلة ، فاذا سلم أن الدائن الحاجز يصبح بالحجز «غيراً» كما سنرى ، فإن ذلك لا يستتبع أن يكون الدائن الذى يباشر الدعوى غير المباشرة من «الغير»^(١) . على أنه يلاحظ أن الدائن إذا لم يكن

= أما الدائن المرتهن فهو من الغير بالنسبة إلى دائن مرتهن آخر ، إلا إذا كان التفاضل بينهما لا بثبوت التاريخ كما فى المنقول ، بل بالقيد كما فى العقار ، فعند ذلك نخرج من منطقة ثبوت التاريخ إلى منطقة القيد كما سنرى (انظر فى هذه المسألة بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٦١ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٣٠٢) - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٦ - ص ٩٢٧ .

(١) انظر فى أن الدائن لا يكون «غيراً» فى الدعوى غير المباشرة لارومبيير ٦ م ١٣٢٨ فقرة ٣٥ - ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٤٢ - لوران ١٩ فقرة ٣٢٦ وفقرة ٣٢٨ - هيك ٨ فقرة ٢٥٠ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٥٨ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٣٠١ - =

«غيراً» في الدعوى غير المباشرة ، وأنه يحتج عليه بالتاريخ العرفي للورقة المثبتة للأبراء الصادرة من مدينه، إلا أنه يستطيع - كما يستطيع المدين - أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ وأنه قدم حتى يقع الإبراء في وقت سابق على رفع الدعوى غير المباشرة . وله في هذه الحالة أن يثبت تقديم التاريخ بجميع الطرق ومنها البيئة والقرائن لما انطوى عليه من الغش . وعند ذلك يستطيع أن يطعن في الإبراء بالدعوى البولصية ليجعله غير سار في حقه .

= الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٩ ص ١٣٩ - استئناف مختلط ٣ يونية سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦٣ .

ويذهب الأستاذ سليمان مرقس إلى أن الدائن في الدعوى غير المباشرة يعتبر من « الغير » ، لأن الدائن يرفع هذه الدعوى لمصلحة نفسه فيصبح له حق خاص على موضوعها ، واستعمال الدعوى غير المباشرة « يجعل حق الدائن يتعلق بالمال موضوع هذه الدعوى ، فيصبح هذا المال محبوساً عن المدين تحت يد القضاء ، فلا يجوز للمدين أن يتصرف فيه ولا أن يعمل بشأنه أى عمل يضر الدائن ، أو بعبارة أخرى كما يقول لاييه يترتب على رفع الدعوى غير المباشرة ما يترتب على الحجز من آثار . وما دام الأمر كذلك فيكون مركز الدائن رافع الدعوى غير المباشرة كمركز الدائن الحاجز حجزاً تنفيذياً ، وبالتالي فانه يشبه مركز الخلف الخاص من حيث إنه يعتبر في حكم خلف المدين على الحق موضوع الدعوى بالنسبة لتصرفات المدين السابقة على رفع الدعوى ، ويعتبر من الغير بالنسبة للتصرفات اللاحقة فيضره مجرد تقديم تاريخ هذه التصرفات . وهو لذلك يجب أن يعتبر - خلافاً للرأى السائد - من الغير الذين لا تكون المحررات العرفية حجة عليهم بتاريخها إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتاً بوجه رسمي » (الأستاذ سليمان مرقس في مقاله قوة المحررات العرفية في الإثبات مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٧ - ص ٢٧٨ - وانظر أيضاً كتابه في أصول الإثبات فقرة ٦٧ ص ١٠٣) .

وسرى أن الأستاذ سليمان مرقس لا يعتبر الدائن في الدعوى البولصية من الغير ، وهو على حق فيما ذهب إليه من ذلك . ويتعذر التسليم بعد هذا بأن يكون الدائن في الدعوى غير المباشرة من « الغير » بينما هو في الدعوى البولصية ، والدائن فيها لا يمثل المدين بتاتا ، يعتبر « خلفاً » . ويؤسس الأستاذ سليمان مرقس ما ذهب إليه من اعتبار الدائن في الدعوى غير المباشرة « غيراً » على أنه يكون بمثابة الدائن الحاجز . ولنا من هذا الرأى . فالدائن في الدعوى غير المباشرة لا يزال كما قدمنا في المرحلة التمهيدية التي تسبق التنفيذ ، ولم يصل بعد إلى مرتبة الدائن الحاجز الذي بدأ التنفيذ فعلاً . والمدين في الدعوى غير المباشرة لم تغل يده عن التصرف في ماله ، بخلاف المدين في الحجز فإن يده مغلولة عن التصرف منذ توقيع الحجز . وتنتهى الدعوى غير المباشرة إلى دخول الحق في مال المدين فيبدأ عند ذلك الدائن في التنفيذ عليه بالحجز ، أما الحجز فيؤدى مباشرة إلى أن يستوفى الدائن حقه من المال المحجوز (انظر في هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ١٣٩ وهامش رقم ٢) . ويخشى الأستاذ سليمان مرقس من القول بأن الدائن في الدعوى غير المباشرة لا يعتبر من الغير لأن « القول بهذا الرأى يسمح للمدين الذي رفع دائته الدعوى باسمه أن يتواطأ =

وننتقل الآن إلى الدعوى البولصية . وفيها أيضاً لا يعتبر الدائن من «الغير» . فهو ، وإن لم يكن يعمل في هذه الدعوى — كما كان يعمل في الدعوى غير المباشرة — كنائب عن المدين ، بل يعمل باسمه الشخصي ، إلا أنه لا يزال دائماً عادياً لم ينتقل بعد إلى مرحلة التنفيذ . صحيح هو يعمل بمقتضى حق خاص أعطاه له القانون ، ولكن شأنه في ذلك هو شأن الوارث الذي يطعن في تصرفات مورثه الصادرة في مرض الموت ، كلاهما يعمل بمقتضى حق خاص به ، وهذا الحق الخاص هو الذي تقوم عليه مصلحته في الطعن . ولا يزال الدائن الذي يباشر الدعوى البولصية واقفاً عند مرحلة التمهيد للتنفيذ ، شأنه في ذلك شأن الدائن الذي يباشر الدعوى غير المباشرة ، كلاهما يعمل بمقتضى حق الضمان العام ، وكلاهما دون مرتبة الدائن الحاجز الذي انتقل بالحجز إلى مرحلة التنفيذ . وفي المثال المتقدم إذا أبرأ المدين مدينه من الدين بورقة عرفية تاريخها غير ثابت ، كان هذا التاريخ حجة على الدائن ، لا عند مباشرته الدعوى غير المباشرة فحسب ، بل أيضاً عند مباشرته للدعوى البولصية . ويستطيع الدائن هنا أيضاً أن يثبت عدم صحة التاريخ ، بجميع الطرق ، ليصل إلى إثبات أن تاريخ الإبراء متأخر — لا عن تاريخ مباشرته للدعوى غير المباشرة كما كان يفعل عندما كان يباشر هذه الدعوى — بل عن تاريخ نشوء حقه وهو الآن يباشر الدعوى البولصية . ونرى من ذلك أن الدائن في الدعوى البولصية ليس «غيراً» ، فيحتاج عليه بالتاريخ العرفي لتصرف مدينه ، إلى أن يثبت عدم صحته^(١) . ونطبق هذا الحكم على مثل آخر :

= مع مدينه ، فيعطيه محرراً عرفياً مثبتاً لمخالصة أو لإبراء أو استبدال أو مقاصة ، فيحتاج بها مدين المدين على الدائن ، ويفوت عليه بذلك المصلحة التي كان يسعى إليها من وراء استعمال الدعوى غير المباشرة » (مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٦) . ويبدو أن هذه الحشية لا محل لها ، فإن المدين إذا تواطأ مع مدينه على هذا النحو ، استطاع الدائن أن يطعن في التصرف بالدعوى البولصية وقد توافرت شروطها ، فالمدين معسر ، والتصرف مفقر وتال لحق الدائن ، والتواطؤ موجود .

(١) وهذا الرأي يخالف إجماعاً يكاد ينمقد عليه الفقه الفرنسي : ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٥٠ — لوران ١٦ فقرة ٤٦١ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩١ و ٤ فقرة ٢٣٦٠ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ ص ٧٤٩ — بلانيول وريبير ورادوان ٧ فقرة ٩٥٧ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٣٠٢ — دي باج ٣ فقرة ٢٢٧ (الفقه البلجيكي) ، وإجماعاً مماثلاً يكاد ينمقد عليه الفقه المصري : دي هلتس فقرة ٦٨ — الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ١ ص ٢٢٣ — ص ٢٢٥ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٢١ — =

يبيع المدين بورقة عرفية سيارة يملكها، فيطعن الدائن في هذا التصرف بالدعوى البولصية . فلا الدائن يعتبر «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية، ولا المشتري يعتبر «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ نشوء حق الدائن . أما أن الدائن لا يعتبر «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية فلما قدمناه . وينبني على ذلك أن هذا التاريخ يكون حجة عليه ولو لم يكن ثابتاً ، وذلك إلى أن يقيم الدليل على أنه قد قدم غشاً ليكون سابقاً على حقه تفادياً للدعوى البولصية . وإما أن المشتري لا يعتبر «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ نشوء حق الدائن ، فذلك لأن المشتري قد تركز حقه في السيارة التي اشتراها ولم يتركز حق الدائن في هذه السيارة بالذات، إذ هي لا تعدو

= الأستاذ محمد علي عرفة في مقاله في حجية المحررات العرفية مجلة القانون والاقتصاد ١٠ ص ١٦٧ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٢٥ — الموجز فقرة ٦٣٨ (وقد كنا في الموجز نسائر هذا الإجماع) . انظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة ١٣ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٩٨ .

ونحن هنا ، في مخالفتنا لهذا الإجماع ، نوافق الأستاذ سليمان مرقس فيما ذهب إليه من أن الدائن لا يعتبر «غيراً» في الدعوى البولصية (انظر مقاله المعروف في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٩ - ص ٢٨٣ وكتابه في الإثبات ص ١٠٤ هامش رقم ٢) . وإليه يرجع الفضل ، هنا أيضاً ، في تحرير المسألة وتجليتها ، لا ضد إجماع الفقه المصري فحسب ، بل أيضاً ضد إجماع الفقه الفرنسي . وما يتقدم به لتأييد رأيه ما يأتي : «إن القول بأن الدائن في هذه الحالة (حالة الدعوى البولصية) يخاصم مدينه ويتهمه بالغش ويطلب اعتبار تصرفه غير نافذ في حقه لا يتعين أن يترتب عليه اعتبار الدائن من الغير بمعنى المادة ٢٢٨ (٣٩٥ جديد) ، وذلك لأنه إذا كان يكفي لاعتبار الدائن من الغير في الصورية أن يخاصم مدينه ، فالأمر ليس كذلك في عرف المادة ٢٢٨ ، ولأن الدائن إذا اتهم المدين بالغش فما ذلك إلا للاستحصال على حكم باعتباره من الغير بالنسبة لنفاذ أثر التصرف المطعون فيه . وأن مجرد طلبه ذلك يؤكد أنه ليس من الغير ما دام لم يحصل على هذا الحكم . فهو عند رفع الدعوى لا يزال يعتبر في حكم الخلف ، ويكون تاريخ المحرر العرفي المثبت للتصرف المطعون فيه حجة عليه إلى أن يثبت عدم صحته» (مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٨١) .

والحجة الرئيسية التي يتقدم بها أصحاب الرأي القائل باعتبار الدائن من الغير في الدعوى البولصية هي أن الدائن يرفع هذه الدعوى بمقتضى حق له خاص استمده من القانون لا من مدينه ، وهو بهذا الحق يهاجم المدين لا يمثله . وقد رأينا — عند الكلام في مرض الموت — أن هذا الحق الخاص لا يقلب الخلف فيكون «غيراً» ، فهو لم يقلب الوارث «غيراً» إذ يهاجم التصرف الصادر من مورثه في مرض الموت . وإنما يقتصر على أن يجعل للدائن «مصلحة» في الطعن . ولولا وجود هذه المصلحة لما استطاع أن يهاجم تصرف مدينه في الدعوى البولصية، ولا تصرف =

أن تكون داخلة في ضمانه العام وليس له عليها حتى الآن حق الدائن الحاجز .
فليس ثمة تعارض بين حق الدائن وحق المشتري الذي تركز في السيارة بعينها ،
وهذا التعارض شرط في « الغير » كما سنرى . وينبني على أن المشتري لا يعتبر
« غيراً » بالنسبة إلى تاريخ نشوء حق الدائن أن هذا التاريخ يكون ، هو أيضاً ،
حجة عليه ولو لم يكن ثابتاً ، وذلك إلى أن يقيم الدليل على أنه قد قدم غشاً
ليكون سابقاً على تاريخ بيع السيارة تمكيناً للدائن من مباشرة الدعوى
البولصية (١) .

= مورثه في مرض الموت . وهذه المصلحة تارة يستمدها من شخصه بمقتضى الحق الخاص الذي منحه
إياه القانون كما نرى الآن في الدعوى البولصية وكما رأينا في مرض الموت ، وطورا يستمدها
من سلفه بعد أن يخلفه عليها كما رأينا من قبل في حالة الحجر وفي حالة الدعوى غير المباشرة .
على أن أنصار الرأي القائل بأن الدائن يعتبر من الغير في الدعوى البولصية مختلفون فيما
بينهم . فالأستاذ عبد المنعم فرج الصدة مثلاً يذهب إلى أنه « إذا لم يكن تاريخ التصرف ثابتاً
وسابقاً على الدين فلا يحتج به على الدائن ويعتبر لاحقاً للدين » (الإثبات ص ١٣٤) . وهو في
هذا الرأي منطقي مع مذهبه ، فقتضى القول بأن الدائن يعتبر من الغير هو ألا يكون تاريخ التصرف
المطعون فيه حجة عليه إذا لم يكن ثابتاً . أما الأستاذ أحمد نشأت فلا يرى « القول بأن تصرف
المدين لا يسرى على الدائن العادى إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل الدين ، لأن الأصل أن الدائن
العادى مقيد بجميع تصرفات مدينه السابقة واللاحقة لادين ، وبالتالي ثابتة التاريخ وغير ثابتة
التاريخ ، فلا يصح استثناء شيء منها إلا إذا ثبت أن هناك غشاً » (الإثبات ١ ص ٢٢٦) . وهنا
يجعل الأستاذ نشأت الدائن من « الغير » في الدعوى البولصية ، ولكنه في الوقت ذاته يبيح لمن تصرف له
المدين أن يحتج عليه بالتاريخ العرفي إلى أن يثبت الدائن عدم صحة هذا التاريخ . وفي هذا تناقض
رأينا له نظيراً في الاحتجاج بالتاريخ العرفي للتصرف الصادر في مرض الموت (انظر في الرد
على الأستاذ أحمد نشأت أصول الإثبات للأستاذ سليمان مرقس ص ١٠٤ هامش رقم ٢ والإثبات
للأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ١٣٤ هامش رقم ٢) .

(١) ويتبين من ذلك أن الدائن في الدعوى البولصية إما أن يكون تاريخه ثابتاً أو غير ثابت .
فإذا كان تاريخه ثابتاً ، وكان تاريخ التصرف المطعون فيه ثابتاً أيضاً ، فلا بد لنجاح الدعوى
البولصية من أن يكون تاريخ الدائن هو الأسبق . وإن كان تاريخ التصرف غير ثابت احتج به
بالرغم من ذلك على الدائن ، إلى أن يثبت هذا أن التاريخ الصحيح متأخر عن تاريخه الثابت -
وإذا كان تاريخ الدائن غير ثابت ، فإن كان تاريخ التصرف ثابتاً ، جاز للمتصرف له أن
يثبت بجميع الطرق أن التاريخ العرفي للدائن غير صحيح وأن التاريخ الحقيقي متأخر عن تاريخ
التصرف . أما إذا لم يكن هناك تاريخ ثابت للدائن ولا للمتصرف له ، فلكل منهما أن يثبت
بجميع الطرق أن تاريخه هو الأسبق ، ولا تنجح الدعوى البولصية إلا إذا كان الدائن هو الذي
يتمكن من إثبات ذلك (قارن الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٢٦ - وقارن
أيضاً نظرية العقد للمؤلف ص ٧٨٤ هامش رقم ٢) .

١٢٠ - من يعتبر « غيراً » بالنسبة الى تاريخ الورقة العرفية :

بعد أن استعرضنا من لا يعتبر « غيراً » بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية ، ننتقل الآن إلى من يعتبر « غيراً » . ونبادر إلى القول إن « الغير » ، الذى يتطلب القانون أن يكون تاريخ الورقة العرفية ثابتاً ليكون حجة عليه ، يجب ألا يكون ممثلاً فى التصرف الذى تشهد به الورقة . وقد رأينا أن الأصل والوارث والدائن العادى كلهم ممثلون فى التصرف فلا يعتبرون من « الغير » .

ولم يبق الآن إلا الخلف الخاص ، وهو من انتقل إليه من السلف مال معين بالذات . ويسرى فى حقه ، كما رأينا فى الجزء الأول من هذا الوسيط^(١) ، تصرفات السلف المتعلقة بهذا المال إذا كانت سابقة على انتقال المال إلى الخلف ، ولا تسرى إذا كانت لاحقة . فتاريخ التصرف إذن له أهمية بالغة ، بل هو المحور الذى يدور عليه سريان التصرف فى حق الخلف أو عدم سريانه . ولما كان من اليسير على السلف أن يضيع على الخلف حقه ، بأن يعطى لغيره حقاً يتعارض مع هذا الحق ، وحتى يجعل تصرفه سارياً على الخلف يؤخر تاريخ التصرف بحيث يصبح سابقاً على تاريخ انتقال المال للخلف ، لذلك اشترط القانون ، تفادياً لهذا الغش الذى يعظم ضرره بقدر ما يسهل وقوعه وبقدر ما يصعب تجنبه ، أن يكون تاريخ التصرف ثابتاً حتى يحتج به على الخلف .

فالغير إذن فى تاريخ الورقة العرفية هو الخلف الخاص . والخلف الخاص هو الذى يتلاءم وضعه مع « الغيرية » فيما نحن بصددده : شخص يخلف آخر فى مال معين بالذات ، وتكون تصرفات السلف نافذة فى حقه على هذا المال قبل تاريخ معين ، فلا يكون تاريخ هذه التصرفات حجة عليه إلا إذا كان ثابتاً وسابقاً على هذا التاريخ .

ويلحق بالخلف الخاص ، فى هذه « الغيرية » ، الدائن إذا تركز حقه فى مال للمدين معين بالذات . فيصبح « غيراً » بالنسبة الى تاريخ التصرفات التى تصدر من المدين فى هذا المال . ولا يتركز حق الدائن فى مال للمدين معين بالذات إلا إذا حجز الدائن على هذا المال . والحجز هو الحلقة الأولى فى مرحلة التنفيذ . أما

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٣٥٠ ص ٥٤٨ .

قبل الحجز ، حتى لو باشر الدائن الدعوى غير المباشرة أو الدعوى البولصية ، فانه لا يزال في مرحلة سابقة على مرحلة التنفيذ ، وإن كانت تمهد لها . ذلك أن الدائن في الدعوى غير المباشرة وفي الدعوى البولصية لم يتركز حقه بعد على مال للمدين معين بالذات ، بل هو لا يزال يستعمل حقه في الضمان العام على أموال مدينه ، فلا يعتبر من الغير كما قدمنا . فإذا انتقل إلى مرحلة التنفيذ بأن حجز على المال الذي باشر بالنسبة اليه الدعوى غير المباشرة أو الدعوى البولصية اعتبر من الغير . ووضعه ، كوضع الخلف الخاص ، يتلاءم مع هذه «الغيرية» . فهو مثله قد تركز حقه في مال معين بالذات هو المال الذي حجزه ، ونحشى من تلاعب المدين في هذا المال بالتصرف فيه وتقديم تاريخ التصرف ليصير سابقاً على الحجز ، فاشترط القانون ليسرى التصرف في حق الدائن الحاجز أن يكون ثابت التاريخ وسابقاً على تاريخ الحجز .

أما الدائن لمدين شهر إفلاسه أو إعساره فهذا لم يصل بعد إلى مرحلة التنفيذ ، ومن ثم لا يكون غيراً بالنسبة الى تاريخ التصرفات التي تصدر من مدينه المفلس أو المعسر .

ونرى من ذلك أن الغير ، بالنسبة الى تاريخ الورقة العرفية ، هو الخلف الخاص ، ويلحق به الدائن الحاجز^(١) ، ولا يعتبر غيراً دائن المدين المفلس أو المعسر . فتكلم في كل من هؤلاء .

(١) ونحن نؤثر أن نقف عند هذا التحديد العملي للغير . أما التحديدات الفقهية فكثيرة :
(أ) من ذلك ما تقدم به أوبري ورو من أنه يعتبر غيراً « كل من لم يكن طرفاً في الورقة العرفية التي يراد تقدير حجيتها في الإثبات ، ويكون له باسمه الخاص ، بمقتضى القانون أو بمقتضى اتفاق أبرم أو شرط وضعه أحد طرفي الورقة ، حقوق عينية أو شخصية يتعرض وجودها أو سلامتها للخطر لو سري عليه ما تشهد به الورقة من تصرف قانوني أو واقعة قانونية » (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٢٤ - ص ٢٢٥)

“... tous ceux qui n'ont pas figuré dans l'acte sous seing privé dont il s'agit d'apprécier la force probante, et qui se trouvent, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une convention passée ou d'une disposition faite par l'une des parties signataires, investis, en leur propre nom, de droits réels ou personnels dont l'existence ou l'efficacité serait compromise, si la convention ou le fait juridique constaté par cet acte pouvait leur être opposé.” =

١٢١ — الخلف الخاص يعتبر من الغير : نفرض أن صاحب سيارة

باعها من آخر بعقد ثابت التاريخ . فالمشتري يكون، في هذه السيارة، خلفاً

(ب) ومن ذلك أيضاً ما نراه في كولان وكابيتان ومورانديير من أن « الغير في معنى المادة ١٣٢٨ هم الأشخاص الذين لم يكونوا أطرافاً في التصرف ، وكسبوا من أحد المتعاقدين حقوقاً يضرها هذا التصرف الذي تشهد به الورقة العرفية لو أن أسبقية التصرف قد ثبتت » (كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٧٤٩ ص ٥٠١ — انظر أيضاً جان ماري أوسل (Ausset) رسالة في الغير في القانون المدني الفرنسي مونبلييه سنة ١٩٥٢ ص ٢٢٩ — ص ٢٣٢) .

“Les tiers de l'article 1328, ce sont les personnes n'ayant pas figuré dans l'acte et ayant acquis de l'un des contractants des droits auxquels porterait préjudice l'acte relaté par l'écrit privé, si l'antériorité de cet acte était établie”.

(ج) ومن ذلك أيضاً التحديد الذي يقول به الأستاذ سليمان مرقس من « أن الغير بالمعنى المقصود في المادة ٢٢٨ (٣٩٥ جديد) يشمل كل شخص لم يكن طرفاً في المحرر العرفي ولا ممثلاً فيه ، وكان حاصله بمقتضى عمل قانوني صادر لمصلحته من أحد موقعي المحرر أو بمقتضى نص القانون على حق خاص متعلق بمال معين من أموال الشخص الملزم بهذا المحرر ، بحيث يؤثر في حقه هذا ، التصرف المدون في المحرر العرفي ، لو صح أن تاريخه سابق على تاريخ هذا الحق » (المقال المنشور في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٨٦) .

(د) هذا وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الغير في حكم المادة ٢٢٨ من القانون المدني (٣٩٥ جديد) التي لا تعتبر المحررات العرفية غير ثابتة التاريخ ثبوتاً رسمياً حجة عليه هو الشخص الذي ليس طرفاً في المحرر العرفي ويعطيه القانون أو الاتفاق مع طرفي المحرر حقاً ذاتياً عينياً أو شخصياً يصير في خطر من جهة قيامه أو التمتع به إن سري عليه حكم ما يثبت بالمحرر العرفي (استئناف مصر ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٥ ص ٢١٠ — انظر في هذا المعنى بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٦٢) .

(هـ) ويذهب بيدان وپرو (جزء ٩ فقرة ١٢٢١) إلى أنه يشترط في الشخص ليكون « غيراً » شرطان : (أولاً) ألا يكون طرفاً في الورقة العرفية أو ممثلاً فيها (ثانياً) وأن يتمسك بحق يضره التصرف الذي تشهد به الورقة لو كان سابقاً عليه .

وبعد فهذه جملة صالحة من خير ما قيل في تحديد « الغير » ، ويمكن أن يضاف إليها غيرها مما قيل في ذلك . ولكننا لا نزال نؤثر أن نقول : إن « الغير » في ثبوت التاريخ هو الخلف الخاص والدائن الحاجز على النحو الذي قدمناه .

ومن الخير ألا نتوسع في رسم منطقة الغير في ثبوت التاريخ ، وألا نتشدد في هذه القاعدة . فهي قاعدة كان يمكن الاستغناء عنها ، والاكتفاء بإلقاء عبء إثبات الأسبقية في التاريخ على المدعى . على أن القاعدة ليست قديمة ، ولم تعرف في القانون الفرنسي القديم إلا في النصف الأول من القرن السابع عشر . وحتى بعد أن عرفت لم يكن لها من الأهمية والشأن في القانون الفرنسي القديم ما أضفى عليها بعد ذلك في القانون الفرنسي الحديث (انظر في ذلك بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٤٦) .

خاصاً للبائع . ولا يحتج عليه بأى تصرف آخر فى السيارة يصدر من البائع إذا كان تاريخه غير ثابت . فلو أن بائع السيارة باعها مرة أخرى إلى مشتر ثان ، فإن المشتري الأول يكون من الغير بالنسبة إلى تاريخ هذا التصرف . ومن ثم فإن تاريخ البيع الثانى إذا كان عرفياً لا يحتج به بتاتاً على المشتري الأول ، ويفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن هذا البيع الثانى قد صدر بعد البيع الأول ، حتى لو كان تاريخه سابقاً على ذلك . وإذا كان تاريخ البيع الثانى ثابتاً ، احتج به على المشتري الأول . فإن كان سابقاً على تاريخ عقده ، فضل المشتري الثانى ، وإلا فضل المشتري الأول (١) . فإذا لم يكن تاريخ البيع الأول ثابتاً ، وكان البيع الثانى تاريخه هو الثابت ، فضل المشتري الثانى لأنه هو الذى يعتبر « غيراً » بالنسبة إلى تاريخ البيع الأول ، ولا يكون هذا التاريخ حجة عليه لأنه تاريخ غير ثابت . فإذا لم يكن لأى من البيعين تاريخ ثابت ، لم يعتبر أى من المشتريين « غيراً » فيحتج على كل منهما بالتاريخ العرفى الصادر للآخر ، ولكن يكون لكل منهما أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ ليبدل بذلك على أنه هو صاحب التاريخ الأسبق . وغنى عن البيان إن كل هذا إنما يكون إذا لم يسلم البائع السيارة لأحد من المشتريين ، فإن تسلمها أحدهما ملكها ، إما بعقد البيع إذا كان هو السابق ، وإما بالحيازة فى المنقول إذا كان هو اللاحق .

وقد أورد التقنين المدنى جملة من التطبيقات التشريعية للخلف الخاص الذى يعتبر من الغير ، نذكر منها :

١ - نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٠٤ على أنه « إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختياراً أو جبراً إلى شخص آخر ، فلا يكون الإيجار نافذاً فى حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية » . فهنا انتقلت ملكية العين المؤجرة إلى خلف خاص ، فلا يحتج عليه بتاريخ الإيجار إلا إذا كان ثابتاً .

٢ - نصت المادة ١١١٧ على أنه « يشترط لنفاذ رهن المنقول فى حق الغير ،

(١) على أنه إذا كان تاريخ كل من المشتريين ثابتاً فى يوم واحد ، ولم يعرف أيهما أسبق ، فالمكلف منهما بإثبات أسبقيته يعتبر عاجزاً عن هذا الإثبات ، ويفضل عليه صاحبه . ويذهب الأستاذ أحمد نشأت أن لكل منهما أن يثبت أنه صاحب التاريخ الأسبق ، كما فى حالة ما إذا لم يكن لأى منهما تاريخ ثابت (الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٣٤ و فقرة ٢٩٦) .

إلى جانب انتقال الحيازة ، أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً ، وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن». فإذا ارتهن المنقول دائنان ، متعاقبان ، كان كل منهما «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ الآخر ، فلا يحتاج عليه إلا بالتاريخ الثابت ، ومن ثم كان التاريخ الثابت هو الذى يحدد مرتبة الدائن المرتهن .

٣ - نصت المادة ٣٠٥ في حوالة الحق على أنه «لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها ، على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ». فالمحال له خلف خاص في الحق الذى انتقل إليه من المحيل ، ولا يحتاج عليه في حوالة أخرى صادرة من المحيل إلا بالتاريخ الثابت لهذه الحوالة . فان تمت الحوالة الأخرى بإعلان إلى المدين فهذا الإعلان تاريخه ثابت لا محالة . وإن تمت بقبول المدين ، فالتاريخ الثابت لهذا القبول هو الذى يعتد به .

٤ - نصت المادة ١١٢٣ على أنه «١- لا يكون رهن الدين نافذاً في حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله له وفقاً للمادة ٣٠٥-٢ - ولا يكون نافذاً في حق الغير إلا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون ، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول». وليس رهن الدين إلا تطبيقاً لحوالة الحق . فصاحب الحق يتصرف فيه بالحوالة بيعاً أو رهناً أو بأى تصرف آخر . وهنا أيضاً المحال له ، وهو الدائن المرتهن ، خلف خاص في الحق الذى ارتهنه من صاحبه ، ولا يحتاج عليه في رهن آخر صادر من صاحب الحق إلا بالتاريخ الثابت على النحو الذى قدمناه في حوالة الحق .

ويحسن ، قبل أن نترك «الخلف الخاص» ، أن نلاحظ أننا لم نجعله في الأمثلة التى قدمناها خلفاً خاصاً في عقار ، بل جعلناه مشترياً أو مرتهنناً لمنقول أو دين ، لأن العقار يستلزم إجراءات أخرى غير ثبوت التاريخ ، هى التسجيل أو القيد ، وسنرى أنه يشترط في التجرد «للغيرية» ألا يكون القانون قد تطلب إجراءات أخرى إلى جانب التاريخ الثابت (١) .

(١) أما المستأجر فلا يعتبر خلفاً خاصاً للمؤجر ، إذ لم ينتقل إليه حق عيني على العين المؤجرة . ومن ثم لا يكون «غيراً» بالنسبة إلى مستأجر آخر لنفس العين ، ولا تكون المفاضلة =

١٢٢ - الدائن الحاجز يعتبر من الغير : قدمنا أن الدائن الحاجز ،

في المال المحجوز ، يكون في وضع الخلف الخاص على هذا المال . وهو وإن لم يكن كالخلف الخاص ذا حق عيني في المال المحجوز إذ لا يزال حقه شخصياً ، إلا أنه ركز حقه في هذا المال بالحجز ، وأصبح القانون يحميه من تصرفات مدينه التالية للحجز كما يحمي الخلف الخاص^(١) . ومن ثم يصبح «غيراً» في تاريخ الورقة العرفية الصادرة من المدين لتشهد على تصرفه في المال المحجوز ، فلا يحتاج عليه بهذا التاريخ إلا إذا كان ثابتاً ، ولا يحتاج عليه بالتاريخ العرفي ، بل يفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن هذا التاريخ تال للحجز فلا ينفذ التصرف في حقه حتى لو كان التاريخ العرفي المدون في الورقة سابقاً على الحجز . ويستوى فيما قدمناه أن يكون الحجز على منقول أو على دين للمدين في ذمة الغير (حجز ما للمدين لدى الغير) أو على عقار .

أما في الحجز على المنقول فتنص المادة ٥٠٨ من تقنين المرافعات على أنه «تصبح الأشياء محجوزة بمجرد ذكرها في محضر الحجز ولو لم يعين عليها حارس» . فكل تصرف يصدر من المدين في المال المحجوز بعد حجزه على هذا النحو لا يكون تاريخه حجة على الدائن الحاجز إلا إذا كان ثابتاً وسابقاً على توقيع الحجز . فان

= بين المستأجرين المتعددين لعين واحدة بالأسبقية في التاريخ الثابت كما تكون المفاضلة بين المشترين المتعددين لمنقول واحد فيما أسلفنا . . . وقد وضعت المادة ٥٧٣ من التقنين المدني قاعدة أخرى للمفاضلة ، فنصت على ما يأتي : « ١ — إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة فضل من سبق منهم إلى وضع يده عليها دون غش ، فإذا كان مستأجر عقار قد سجل عقده وهو حسن النية قبل أن يضع مستأجر آخر يده على العقار المؤجر أو قبل أن يتجدد عقد إيجاره ، فإنه هو الذي يفضل . ٢ — فإذا لم يوجد سبب لتفضيل أحد المستأجرين فليس لهم فيما تعارضت فيه حقوقهم إلا طلب التعويض » . (قارن الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٣٧) .

(١) قارن ما يقول الأستاذان أوبري ورو في معنى أن الدائن الحاجز يعتبر من «الغير» : «إن الدائن الذي يحجز على أموال مدينه إنما يستعمل حقا يستمد من القانون لا من المدين . فهو يعمل ضد المدين . ومن الواضح أنه يكون من «الغير» من حيث أنه يدافع عن الحجز بما يجلب من نفع وبما ينتج من أثر ضد تصرفات المدين » . (أوبري ورو ١٢ ص ٢٣٧ هامش رقم ١٢١ — انظر أيضاً : لارومبيير ٦ م ١٣٢٨ فقرة ١٨ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٤٨ — توليه ٨ فقرة ٢٥١ — فقرة ٢٥٢) .

كان التاريخ غير ثابت ، أو كان ثابتاً ولكنه نال لتوقيع الحجز ، فان التصرف لا ينفذ في حق الدائن الحاجز .

وفي حجز ما للمدين لدى الغير يحصل الحجز باعلان إلى المحجوز لديه ينهائه فيه الدائن الحاجز عن الوفاء بما في يده إلى المحجوز عليه أو تسليمه إياه (م ٥٤٧ مرافعات) . ومن ذلك الوقت يصبح الدائن الحاجز «غيراً» ، وكل تصرف يصدر من المدين في الحق المحجوز لا يكون تاريخه حجة على الدائن الحاجز إلا إذا كان ثابتاً سابقاً على توقيع الحجز . فاذا أبرز المحجوز لديه ورقة عرفية تتضمن إبراءه من الدين أو قبولاً منه بحالة صدرت من المحجوز عليه أو غير ذلك من التصرفات وكان تاريخ هذه الورقة العرفية غير ثابت أو كان ثابتاً ولكنه نال لتوقيع الحجز ، فان التصرف لا ينفذ في حق الدائن الحاجز . وهناك رأى يذهب إلى أن الدائن الحاجز في حجز ما للمدين لدى الغير لا يعتبر «غيراً» ، ولكن هذا الرأي أصبح اليوم مرجوحاً بعد صدور التقنين المدني الجديد وفيه نصان يقضيان بجعل الدائن الحاجز في مرتبة تضاهي مرتبة الخلف الخاص مع مراعاة طبيعة حقه من أنه ليس بحق عيني . النص الأول يجعل الدائن الحاجز يشترك مع المحال له إذا سبق حجزه الحوالة ، إذ تقضي الفقرة الأولى من المادة ٣١٤ بأنه «إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر» . وهذا النص ، وكان موجوداً في تقنين المرافعات القديم ، يعتبر فوق ذلك أن الدائن الحاجز هو من الغير بالنسبة إلى المحال له . والنص الثاني يجعل حجز ما للمدين لدى الغير مانعاً من المقاصة بالدين المحجوز ، إذ تقضي المادة ٣٦٧ بأنه «١ - لا يجوز أن تقع المقاصة اضراً بحق كسبها الغير . ٢ - فاذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين ، ثم أصبح المدين دائناً لدائنه ، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة اضراً بالحاجز» . ولا يكون ذلك إلا إذا كان للدائن الحاجز حق كسبه على الدين المحجوز يمنع من وقوع المقاصة ، وهذا الحق قد صرح به النص : «حقوق كسبها الغير» ، وهو ذاته الذي يجعل الدائن الحاجز في مرتبة تضاهي مرتبة الخلف الخاص مع مراعاة طبيعة حقه من أنه حق شخصي لا حق عيني كما قدمنا (١) .

(١) وقد انقسم الفقه الفرنسي في اعتبار الدائن «غيراً» في حجز ما للمدين ، فمن الفقهاء =

وفي الحجز على العقار يكسب الدائن الحاجز على العقار المحجوز حقوقاً صريحة واضحة تجعله في مرتبة الخلف الخاص وتمنحه الحماية ذاتها فيعتبر « غيراً » ،

= من يذهب إلى هذا الرأي : أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ وهامش رقم ١٢٢ - لارومبيير ٦ م ١٣٢٨ فقرة ٢٢ - هيك ٨ فقرة ٢٥١ - ديمولوب ٢٩ فقرة ٥٥١ - لوران ١٩ فقرة ٣٢٤ (بلجيكي) - بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٦٠ ص ٩١ - بيدان وپرو ٩ ص ٣٠٢ هامش رقم ٤ - دي باج ٣ ص ٧٤٣ (بلجيكي) . ومنهم من يذهب إلى عكس ذلك : تولييه ٨ فقرة ٢٥١ - ديرانتون ١٣ فقرة ١٣٣ - ماركاديه ٥ م ١٣٢٨ . ونرى من ذلك أن الأغلبية في الفقه الفرنسي تعتبر الدائن « غيراً » . وكذلك الحال في الفقه المصري : دي هلتس تحت لفظ actes فقرة ٧٩ - الأستاذ سليمان مرقس في مقاله في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧١ - ص ٢٧٣ وفي كتابه أصول الإثبات ص ١٠٢ - ١٠٣ - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ١٣٠ هامش رقم ١ - الأستاذ محمد حامد فهمي في التنفيذ فقرة ٢١٨ ، وانظر عكس ذلك الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٢٣ - فقرة ٢٢٤ .

أما القضاء الفرنسي فيذهب إلى أن الدائن في حجز ما للمدين لا يعتبر « غيراً » ، ودفعه إلى هذا الموقف رغبته في أن يجعل المخالصات الصادرة من المدين المحجوز عليه إلى المدين المحجوز لديه سارية في حق الدائن الحاجز ولو لم تكن ثابتة التاريخ . ولكن المخالصات لها شأن آخر ، فسرى أنها بمقتضى نص صريح تسرى بتاريخها العرفي في حق « الغير » ولو لم يكن هو الدائن في حجز ما للمدين ، وذلك لاعتبارات عملية . ويلجأ القضاء الفرنسي في تبرير موقفه إلى القول بأن مركز الدائن الحاجز في حجز ما للمدين يعدل مركز الدائن الذي يرفع الدعوى غير المباشرة على مدين مدينه والفرق واضح بين المركزين : فالدائن الذي يرفع الدعوى غير المباشرة إنما يعمل باعتباره نائباً عن المدين ، ورفع الدعوى ليس من شأنه أن يغل يد المدين عن التصرف في حقه ، وما ينتج من الدعوى لا يصل إليه الدائن مباشرة بل لا بد من الحجز عليه . أما الدائن الحاجز فيحجز بمقتضى حق له خاص وهو في ذلك يهاجم المدين لا ينوب عنه ، ثم إن الحجز يغل يد المدين عن التصرف في حقه المحجوز عليه لدى مدين المدين ، وما ينتج من الحجز يصل إليه الدائن مباشرة دون حاجة إلى إجراء آخر . ولا فرق ما بين الحجز التنفيذي وحجز العقار من جهة وحجز ما للمدين لدى الغير من جهة أخرى : كل هسذه حجوز يدخل بها الدائن في مرحلة التنفيذ ، وما حجز ما للمدين لدى الغير إلا ضرب من الحجز التنفيذي تكيف على نحو يتلاءم مع طبيعة الدين المحجوز عليه (بودري وبارد ٤ ص ٩١ ناقلاً عن لارومبيير) . قارن الأستاذ أحمد نشأت ١ في الإثبات فقرة ٢٢٣ - فقرة ٢٢٤ .

ومع ذلك فقد تأثرت محكمة الاستئناف المختلطة بالقضاء الفرنسي ، إذ قضت بأن الحاجز إنما يمثل مدينه في الدعوى التي يرفعها على المحجوز لديه بثبوت دين المدين في ذمته ، ولذلك لا يكون له إلا سلوك طرق الإثبات الجائزة للمدين ، كما يجوز للمحجوز لديه أن يحتج عليه بالأوراق العرفية الصادرة من المحجوز عليه ولو لم يكن تاريخها ثابتاً قبل الحجز (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٠ - ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٥٠ - انظر الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ١٣٠ هامش رقم ٢) .

ولا يحتج عليه بتاريخ التصرف الصادر من المدين الا اذا كان ثابتا . فان كان التاريخ غير ثابت ، أو كان ثابتا ولكنه تال للحجز ، لم يسر التصرف فى حق الدائن الحاجز ، شأنه فى ذلك شأن الخلف الخاص . وتطبيقا لهذه القاعدة تنص الفقرة الأولى من المادة ٦١٥ من تقنين المرافعات على أنه «يترتب على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزاً» . ثم تنص الفقرة الأولى من المادة ٦١٦ من هذا التقنين على أنه «لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز فى العقار ولا ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز فى حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ، ولا فى حق الدائنين المشار اليهم فى المادة ٦٣٧ ، ولا الراسى عليه المزاد ، اذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية»^(١) ثم تنص المادة ٦٢١ على أن «عقود الإيجار الثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه تنفذ فى حق الحاجزين والدائنين المشار اليهم فى المادة ٦٣٧ والراسى عليه المزاد ، وذلك بغير اخلال بأحكام القانون المتعلقة بعقود الإيجار الواجبة الشهر . أما عقود الإيجار غير الثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه

(١) قضت محكمة النقض — قبل صدور تقنين المرافعات الجديد — بأن تسجيل التنبيه بنزع الملكية لا ينشئ للدائن العادى نازع الملكية حقا عينيا على العقار يحجز له (باعتباره غيرا) أن يتمسك بعدم تسجيل التصرفات الصادرة من المدين قبل تسجيل التنبيه فى صدد الاحتجاج بعدم نفاذ تلك التصرفات عليه ، بل كل ما فى الأمر أن هذا الدائن يصبح بهذا التسجيل ممن يشملهم لفظ «الغير» الذين أشارت إليهم المادة ٢٢٨ من القانون المدنى (٣٩٥ جديد) ، فلا يصح الاحتجاج عليه بالعقود العرفية إلا إذا كان تاريخها ثابتا قبل تاريخ تسجيل التنبيه . أما إذا كان التصرف موضوع النزاع له تاريخ ثابت سابق على تسجيل التنبيه ، فإنه يعتبر تصرفا نافذا بالنسبة للدائن العادى وما نعا له من التنفيذ على العين المتصرف فيها ، ولا يجوز له طلب إبطاله إلا إذا أثبت حصوله تواطؤا بين المتصرف والمتصرف له إضرارا بحقوقه هو ، وهذا حتى على فرض أن تسجيل التنبيه يمنع المدين من التصرف فى العقار الجارى نزع ملكيته (نقض مدنى ٩ يناير سنة ١٩٣٣ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٧٣ — مجموعة عمر ١ رقم ٩٣ ص ١٦٥) . أما إذا كان المباشر للتنفيذ دائنا له حق مقيد ، فكانت محكمة النقض (نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٩ ص ٩٨٨) تعتبره «غيرا» فى معنى قانون الشهر ، فكل تصرف للمدين لم يشهر قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية لا يكون ساريا فى حقه . وقد قضى تقنين المرافعات الجديد (م ٦١٦) على هذا الخلاف ، إذ جعل مناط سريان تصرف المدين فى حق الدائن ذى الحق المقيد وفى حق الدائن العادى على السواء هو شهر التصرف قبل تسجيل التنبيه (الأستاذ محمد حامد فهمى فى التنفيذ فقرة ٣٤١ وما بعدها — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات ص ١٣٢ هامش رقم ١) .

فلا تنفذ في حق من ذكروا الا اذا كانت من أعمال الإدارة الحسنة». وتنص أخيراً المادة ٦٢٤ على أن «المخالصات عن الأجرة المعجلة والحوالة بها يحتج بها على الدائن الحاجز والدائنين المشار اليهم في المادة ٦٣٧ والراسى عليه المزداد ، اذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه ، وذلك بغير اخلال بأحكام القانون المتعلقة بالمخالصات الواجبة الشهر ، فاذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا يحتج بها الا لمدة سنة» (١).

وبلاحظ أن الدائن المرتهن في الرهن الرسمي ، في خصوص الإيجار الصادر من الراهن وفي خصوص المخالصات عن الأجرة المعجلة والحوالة بها ، يعامل معاملة الدائن الحاجز (م ١٠٤٥ و ١٠٤٦ مدني) ، لأن الراهن لا تغل يده بالرهن الرسمي عن إيجار العقار المرهون ولا عن قبض الأجرة المعجلة والحوالة بها ، فيصبح شأن الدائن المرتهن في هذه التصرفات شأن الدائن العادي ، وكالدائن العادي أيضاً لا يكون له حق خاص على العقار المرهون يتعارض مع الإيجار وقبض الأجرة والحوالة بها إلا إذا بدأ التنفيذ فسجل التنبيه (٢). أما الدائن المرتهن في الرهن الحيازي فعليه أن يستثمر الشيء المرهون استثماراً كاملاً ويتولى إدارته (م ١١٠٤ و ١١٠٦ مدني) ، ومن ثم يتعارض وضعه هذا مع حق الراهن في الإيجار وقبض الأجرة ، فيعتبر «غيراً» في هذه التصرفات منذ تسلم الشيء المرهون ، ولا يحتج عليه بالتاريخ إلا إذا كان ثابتاً (٣).

(١) ويلاحظ أن توقيع الدائن لأي حجز من هذه الحجوز الثلاثة — الحجز التنفيذي وحجز ما للمدين والحجز العقاري — لا يمنع سائر الدائنين من التدخل في إجراءات الحجز ، ومتى تدخلوا أصبحوا هم أيضاً من «الغير» ، شأنهم في ذلك شأن الدائن الحاجز الأول (مقال الأستاذ سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٣ - ص ٢٧٤ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٢٣ — استئناف مختلط ٧ يونية سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٥٢) .

(٢) أما إذا تعارض حقه كدائن مرتهن مع حق شخص آخر ، كدائن مرتهن ثان أو مشتر أو نحو ذلك ، فانه يصبح من الغير بالنسبة إليه . ولكن لما كان القانون يستوجب هنا إجراء آخر غير ثبوت التاريخ ، القيد أو التسجيل ، فان المفاضلة بينهما تكون ، لا بالأسبقية في التاريخ ، بل بالأسبقية في القيد أو التسجيل . ولذلك يحسن إخراج هذه الحالة من منطقة الغير ، وقصر المنطقة على الحالات التي يستوجب فيها القانون ثبوت التاريخ دون أي إجراء آخر ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(٣) والدائن الحاجز يعتبر من «الغير» بالنسبة إلى دائن ذي حق مقيد ، كدائن مرتهن ودائن له حق اختصاص . فلا يسرى في حق الدائن الحاجز هذا الحق المقيد إلا إذا كان شهره (وهو طبعاً ثابت التاريخ) سابقاً على توقيع الحجز . وكل من يحل محل الدائن المرتهن يعتبر الدائن الحاجز =

١٢٣ - الدائن اذا أفلس مدينه أو أعسر لا يعتبر من الغير :

متى أفلس المدين التاجر وشهر إفلاسه ، رفعت يده عن إدارة أمواله (م ٢١٦ تجارى) . وتصرفاته ، فى خلال المدة السابقة على الحكم بشهر الإفلاس منذ العشرة الأيام السابقة على تاريخ توقفه عن الدفع ، الخاصة بتبرعات أو بوفاء ديون غير حالة على أى وجه كان هذا الوفاء أو بوفاء ديون حالة بغير النقود أو الأوراق التجارية أو بترتيب حقوق رهن أو اختصاص على أمواله ، تكون كلها باطلة (م ٢٢٧ تجارى) . أما وفاء الديون الحالة بنقود أو أوراق تجارية والمعاوضات فتكون قابلة للإبطال إذا وقعت بعد تاريخ التوقف عن الدفع (م ٢٢٨ تجارى) - ولكن بالرغم من كل ذلك لا نرى أن دائن التفليس يعتبر من الغير فى التصرفات

= بالنسبة إليه من «الغير» . فإذا أدى كفيل للمدين ، فى دين مضمون برهن ، الدين للدائن المرتهن وحل محله فى رهنه ، فان عقد الكفالة الذى يستند إليه فى الحل لا يحتج بتاريخه على الدائن الحاجز إلا إذا كان تاريخا ثابتا سابقا على وفائه للدين (ديمولوب ٢٩ فقرة ٥٥٣ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٦١ - الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٣٢ - الأستاذ سليمان مرقس فى مقاله المنشور بمجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٤ - ص ٢٧٥) . كذلك الدائن صاحب حق الاختصاص إذا كان حقه ، فى ظل التقنين المدنى القديم حيث كان ذلك جائزا ، مبنيا على حكم غيابه قبله المحكوم عليه فامتنع سقوطه بانقضاء ستة شهور ، فان هذا الدائن لا يحتج على الدائن الحاجز بتاريخ الورقة العرفية التى ثبت قبول المحكوم عليه الحكم الغيابى إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتا (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٨ - ٢٥ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩٩ - الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٣١ - الأستاذ سليمان مرقس فى مقاله المنشور بمجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٤) .

وهناك دائن اعتبره القانون فى حكم الدائن الحاجز ، فيعتبر من الغير كالدائن الحاجز . ذلك أن المادة ٨٤٢ فقرة أولى من التقنين المدنى الجديد نصت على ما يأتى : « لدائنى كل شريك أن يعارضوا فى أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم . وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الإجراءات ، وإلا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم . ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة » . ويستفاد من هذا النص أن دائن الشريك إذا عارض فى أن تتم إجراءات القسمة بغير تدخله ، فكل قسمة تتم بعد هذه المعارضة ولا يدخل فيها الدائن لا تكون نافذة فى حقه . لذلك يكون الدائن المعارض بمثابة الدائن الحاجز بالنسبة إلى تاريخ القسمة ، وهذا بحكم نص القانون . فلا يحتج إذن بتاريخ القسمة على الدائن المعارض إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتا وسابقا على معارضته . أما إذا كان التاريخ غير ثابت فلا يحتج به على الدائن المعارض ولو كان سابقا على معارضته ، وتكون القسمة فى هذه الحالة غير نافذة فى حق هذا الدائن .

الصادرة من المدين المفلس . فالحكم بشهر الإفلاس ليس إلا تمهيداً للتنفيذ الجماعي . ودائن المفلس ، لمجرد شهر إفلاس مدينه ، لم يدخل بعد في مرحلة التنفيذ ، كما دخل الدائن الحاجز . والإفلاس لا يعدل الحجز ، وكل ما نتج عنه أن غلت يد المفلس في إدارة أمواله ، وحل محله الدائنون الذين تكتلوا في مجموعة يمثلها السنديك . وهذا لا يغير من مركزهم كدائنين عاديين لم يصلوا بعد إلى مرحلة التنفيذ ، فهم لا يزالون يستعملون حقهم العام في الضمان ، شأنهم في ذلك شأن الدائن الذي يباشر الدعوى البولصية .

ومن ثم يكون التاريخ العرفي للتصرفات الصادرة من المدين المفلس حجة على دائنيه ، ولو كانت تصرفات مدنية (أى غير تجارية) . ويكون لهؤلاء ، بداهة ، الحق في إثبات عدم صحة هذا التاريخ وإثبات التاريخ الحقيقى لهذه التصرفات ، فيعطى عندئذ لكل تصرف حكمه القانونى : ما صدر في المدة المشتبه فيها ، وما صدر بعد توقف المدين عن الدفع ، وما صدر بعد الحكم بشهر الإفلاس^(١) .

= وقد عالج الأستاذ سليمان مرقس ، في مقاله المنشور بمجلة القانون والاقتصاد (١٤ ص ٢٧٥) ، هذه المسألة في ظل التقنين القديم . ولاحظ أن الدائن ، إذا رفع دعوى القسمة باسم مدينه بدلا من أن يعارض طالبا التدخل ، فإنه لا يعتبر من «الغير» وفقا للرأى السائد (لا لرأيه هو) . فيحتج عليه بالتاريخ غير الثابت لأى تصرف أجراه المدين في نصيبه الشائع ، ومن ذلك إجراء القسمة ذاتها . ويستطيع المدين إذن أن يحتج بالتاريخ العرفى لقسمة انفرد بها دون تدخل دائنه بالرغم من رفع الدائن دعوى القسمة باسم مدينه ، ولا يستطيع ذلك إذا عارض الدائن . ويعيب الأستاذ سليمان مرقس على هذه النتيجة أنها تجعل لمعارضة الدائن أثراً أبلغ من رفعه للدعوى غير المباشرة . ولسنا نرى بأساً في ذلك ، فإن الدائن إذا اختار الدعوى غير المباشرة فقد اختار أن يعمل نائبا عن مدينه ، فعليه أن يحتمل أثر جميع تصرفات مدينه ومنها إجراء القسمة دون تدخله . أما إذا اختار الدائن أن يتدخل في القسمة التى يجربها مدينه ، فهو لا يعمل في هذه الحالة باسم مدينه ، بل يعمل باسمه الشخصى ، وقد خوله القانون في هذه الحالة بنص صريح أن يتدخل في إجراءات القسمة وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقه .

(٦) والرأى الذى يذهب الى أن الدائن للمدين المفلس لا يعتبر من «الغير» هو الرأى الراجح في الفقه والقضاء الفرنسيين : بونيه فقرة ٦٩٧ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ فقرة ٢٣٦ — لارومبيير ٦ م ١٣٢٨ فقرة ٣٦ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٤٣ — بلانيول وريبير وجابولد فقرة ١٤٨٤ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٣٠١ — ليون كان ورينو ٧ فقرة ٤٧٧ — محكمة النقض الفرنسية ١٥ يونية سنة ١٨٤٣ سيريه ٤٣ — ١ — ٤٦٧ — ٤ يولية سنة ١٨٥٤ دالوز ٥٤ — ١ — ٢٢٣ — ٢٨ يونية سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٥ — ١ — ٤٦٩ — محكمة =

وكالإفلاس الإعسار . وقد نصت المادة ٢٥٧ من التقنين المدني على أنه «متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار ، فلا يسرى في حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ؛ كما لا يسرى في حقهم أى وفاء يقوم به المدين» . ويتبين من ذلك أن حكم شهر الإعسار له أثر حكم شهر الإفلاس في غل يد المدين عن التصرف في أمواله . ولكننا لا نرى — هنا أيضاً — أن دائن المدين المعسر يعتبر من الغير في التصرفات الصادرة من مدينه . فالحكم بشهر الإعسار ، كالحكم بشهر الإفلاس ، ليس إلا تمهيداً للتنفيذ ، ولم يدخل الدائنون بعد في مرحلة التنفيذ لمجرد الحكم بشهر إعسار مدينهم . بل لعل إنعدام «الغيرية» في الإعسار أولى منه في الإفلاس ، إذ ليس في الإعسار تصفية جماعية كما في الإفلاس ، بل يبقى كل دائن موكولاً إلى الإجراءات الفردية التي يتخذها وحده ، فلا يتكتل الدائنون في مجموعة يمثلها السنديك . وما الإعسار ، على الوجه الذى نظم به في التقنين المدني الجديد ، إلا الدعوى البولصية ، أحكم تنظيمها ، ورتبت مراحلها ، وحددت مواعييدها ، ويسر فيها عبء الإثبات ، فانضبطت آثارها ، ووضحت معالمها . فاذا كان الدائن في الدعوى البولصية لا يعتبر من «الغير» كما قدمنا ، فليس غريباً إلا يعتبر أيضاً من «الغير» في الإعسار . ومن ثم يكون التاريخ العرفي للتصرف الصادر من المدين المعسر حجة على دائنه . ويكون للدائن الحق في إثبات التاريخ الحقيقي لهذا التصرف ، فان كان لاحقاً لتسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، لم يسر في حقه^(١) .

= استئناف الجزائر ١٨ فبراير سنة ١٨٨٨ دالوز ١-٨٨-٤٧٣ — محكمة باستيا ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٥ — ٢-٣٦١ . انظر عكس ذلك : لوران ١٩ فقرة ٣٣٠ — فقرة ٣٣١ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٦٠ ص ٩٢ — تالير فقرة ١٦٧٩ — وقارن حكم محكمة النقض الفرنسية ٢٧ يناير سنة ١٨٨٦ المنشور في حوليات القانون التجارى سنة ١٨٨٦ — ١٨٨٧ ص ٢١ في الهامش .

ويذهب جمهور الفقهاء في مصر إلى الرأى العكسى ، فيقولون بأن الدائن للمدين المفلس يعتبر من الغير : الأستاذ محمد إصالح في الإفلاس والصلح الوافى فقرة ٦٠ — الأستاذ سليمان مرقس في مقاله المنشور في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٨ ص ٢٧٩ وفي كتابه أصول الاثبات فقرة ٦٧ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٢٧ . ويميل الأستاذ أحمد نشأت (الاثبات ١ فقرة ٢٢٨) إلى عدم اعتبار دائن المدين المفلس من «الغير» .

(١) وهناك «غير» أجنبى أصلاً (penitus extranei) لا يعنيه فى شىء تاريخ الورقة =

١٢٤ - الشروط الواجب توافرها في « الغير » : ويخلص مما قدمناه

أن «الغير» في ثبوت التاريخ لا يعدو أن يكون الخلف الخاص أو الدائن الحاجز .
ويشترط في «الغير» ، خلفاً كان أو دائناً ، شروط ثلاثة :

(١) أن يكون هو نفسه ذا تاريخ ثابت . وقد رأينا فيما أسلفناه أن الخلف الخاص ، حتى لا يحتاج عليه بغير التاريخ الثابت ، يجب أن يكون تاريخه هو ثابتاً ، فاذا تنازع المشتريان للمنفول ، ولم يكن أى من البيعين ثابت التاريخ ، كان تاريخ كل منهما حجة على المشتري الآخر ، ولكل من المشتريين أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ . فاذا لم يكن «الغير» خلفاً خاصاً ، كان دائناً حاجزاً ، ومن الواضح أن الدائن الحاجز له دائماً تاريخ ثابت .

= العرفية . فلو أن علياً أجر داراً لمحمد ، فإن صاحب الدار المجاورة - إذا لم يكن وارثاً لأى من المتعاقدين ولا دائناً له ولا خلفاً خاصاً في الدار لعل - يكون غيراً أجنبياً أصلاً عن عقد الإيجار . فلا يعنيه تاريخ الورقة العرفية التي تشهد بالعقد ، أهو تاريخ ثابت أم غير ثابت ، وإذا كان غير ثابت فهل هو تاريخ صحيح أو تاريخ قدم أو آخر ، فعقد الإيجار لا يسرى في حقه أصلاً ولم يتحقق أى احتمال في أن يسرى في حقه . لذلك إذا قلنا إن تاريخ الإيجار ولو كان غير ثابت حجة عليه ، أو قلنا بل هو ليس حجة ، فالقولان سيان في حقه ، ولن يختلف مركزه في قول عنه في الآخر . فلا جدوى إذن من إتمام هذا « الغير » في مسألة التاريخ الثابت للنظر فيما إذا كان يعد « غيراً » أو لا يعد ، فانه خارج بتاتاً عن هذه الدائرة (ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٢٦ - بوتيه فقرة ٦٩٩ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٤٨ - الأستاذ سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٦٨ - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢١٧) .

على أنه قد يقع أن هذا « الغير » - وهو أجنبى أصلاً عن العقد كما رأينا - يرى نفسه في وضع يتأثر فيه بالعقد ، إذ يستطيع اتخاذ سبباً لكسب حق ، أو يصبح العقد بحكم ظروف لاحقة سبباً للانتقاص من حق له . عند ذلك قد يعنيه تاريخ العقد ، أهو ثابت أم غير ثابت ، وهل قدم أو آخر . وفي رأينا أنه يظل ، حتى في هذه الأحوال ، خارجاً عن نطاق « الغيرية » التي لا يحتاج فيها إلا بالتاريخ الثابت . ومن ثم يحتاج عليه بالتاريخ العرفي للورقة ، وله أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ بجميع الطرق إذا كان هناك غش . ونأتي بأمثلة توضح ذلك :

١ - هب أن علياً في المثل المتقدم باع داره من محمد بدلا من أن يؤجرها . فصاحب الدار المجاورة يبقى أجنبياً أصلاً عن البيع كما هو أجنبى أصلاً عن الإيجار . ولكنه سىرى نفسه في وضع يتأثر فيه بهذا البيع ، إذ يستطيع اتخاذ سبباً - وهو جار - لكسب حق وهو أخذ الدار المبيعة بالشفعة . فهل يحتاج عليه بالتاريخ العرفي للبيع في هذه الحالة ، ويفرض في هذا التاريخ أنه صحيح ، حتى يثبت بجميع الطرق أنه قدم ليقع البيع في وقت لم يكن هو فيه مالكا للدار المجاورة المشفوع بها ، بفرض أن طرفي الورقة قد تواطأ على تقديم التاريخ احتيالا منهما =

(٢) أن يكون القانون لا يتطلب إجراءات أخرى غير ثبوت التاريخ . ومن أجل ذلك تركنا عمداً ، كما سبقت الإشارة ، عند الكلام فى الحلف الخاص ، مشترى العقار والمرتهن له . ذلك أن القانون يتطلب فى بيع العقار إجراء آخر هو التسجيل ، وفى رهن العقار إجراء آخر هو القيد . ومن ثم كانت المفاضلة بين المشتريين لعقار واحد ليست بالأسبقية فى التاريخ الثابت بل بالأسبقية فى التسجيل ، وكانت المفاضلة بين المرتهنين لعقار واحد ليست هى أيضاً بالأسبقية فى التاريخ الثابت بل بالأسبقية فى القيد .

== لمنعه من الأخذ بالشفعة ؟ أو يعتبر أن هذا التاريخ العرفى ليس حجة عليه ، فلا يكلف نفسه عبء إثبات عدم صحته ، ويفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن البيع لاحق لملكه للدار المجاورة ، ويتمسك بوجوب أن يكون التاريخ ثابتاً ليكون حجة عليه ؟ ظاهر أن رأى الأول — يحتج عليه بالتاريخ العرفى إلى أن يثبت عدم صحته — هو رأى الصحيح .

٢ — وهب أن على الذى باع الدار من محمد لم يكن يملكها . فالمالك الحقيقى للدار يعتبر « غيراً » أجنبياً أصلاً عن هذا البيع ، لا يسرى عليه ولا يتأثر به . ولكن هذا البيع ، بحكم ظروف لاحقة ، أصبح سبباً للانتقاص من حقه ، بل لزواله . فقد حاز محمد الدار ، وهو حسن النية ، وفى يده البيع ، وهو سبب صحيح ، وبقي حائزاً للدار خمس سنوات هى مدة التقادم القصير ، فلك الدار بهذا التقادم . نعرف أن الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ من التقنين المدنى الجديد تشترط أن يكون السبب الصحيح « مسجلاً طبقاً للقانون » . ولكن هذا شرط حادث . ففى القانون الفرنسى لا يشترط التسجيل ، وكان الأمر كذلك فى عهد التقنين المدنى المصرى القديم لاسيما فى العهد السابق على العمل بقانون التسجيل (قبل أول يناير سنة ١٩٢٤) . فنفرض أننا لا نزال فى هذا العهد السابق حتى يستقيم لنا الفرض . فهل يحتج على المالك الحقيقى بالتاريخ العرفى للبيع ، ويرجع إلى خمس سنوات مضين عند بدء الحيازة ، إلى أن يثبت بجميع الطرق أن هذا التاريخ قد قدم عمداً لىساير الحيازة فى مبدئها وأن البيع لم يصدر فى الحقيقة إلا بعد ذلك ؟ أو يعتبر أن هذا التاريخ العرفى ليس حجة عليه ، فلا يكلف نفسه عبء إثبات عدم صحته ، ويفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن البيع تال لبدء الحيازة ، ويتمسك بوجوب أن يكون تاريخ البيع ثابتاً ليكون حجة عليه ؟ ظاهر هنا أيضاً أن رأى الأول — يحتج عليه بالتاريخ العرفى للبيع إلى أن يثبت عدم صحته — هو رأى الصحيح . ومع ذلك فقد أجمع الفقه الفرنسى على رأى العكسى (أوبرى ورو طبعة خامسة جزء ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥٤٧ — جيلوار فقرة ٥٦٧ — هيك ١٤ فقرة ٤٥١ — بودرى وتيسيه ٢٨ فقرة ٦٧٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٦٦ — محكمة النقض الفرنسية ١٨ يناير سنة ١٨٩٩ سيريه ١٩٠١ — ١ — ٤١٥ — انظر مع ذلك بوتييه فقرة ٩٩) . على أن الأمر، إذا نظر إليه من الناحية العملية ، يبدو ميسور الحل . فمحمد الذى يتمسك بالتقادم سيثبت أنه حاز الدار خمس سنوات وكان فى يده سبب صحيح منذ البداية، وفى هذا إثبات لتاريخ البيع . فكيف يقال له بعد ذلك : لا يجوز لك أن ==

(٣) أن يكون « الغير » ، خلفاً كان أو دائناً ، حسن النية. فإذا أسرع المشتري الثاني للمنقول في إثبات تاريخ البيع الصادر له وهو يعلم أن البيع الأول سابق على عقده وان لم يكن ثابت التاريخ ، فالمفاضلة لأول وهلة بين المشتريين تقضى بتفضيل المشتري الثاني ثابت التاريخ على المشتري الأول غير ثابت التاريخ . ولكن إذا استطاع المشتري الأول أن يثبت علم المشتري الثاني وقت شرائه المنقول بسبق بيعه من آخر ، فانه يثبت بذلك أن المشتري الثاني ليس حسن النية ، فيختل في هذا المشتري الثاني شرط من شروط « الغير » ومن ثم يحتج عليه بتاريخ البيع الأول وان لم يكن ثابتاً (٦) .

= تثبت صحة هذا التاريخ العرفي ، ولا يجوز أن تحتج على المالك الحقيقي إلا بالتاريخ الثابت ، وهو إنما يثبت واقعة مادية هي صدور البيع في تاريخ معين ! فليس المالك الحقيقي هو الذي يثبت عدم صحة التاريخ العرفي ، بل المتمسك بالتقادم هو الذي يثبت صحته ، وفي الفرضين لا يشترط أن يكون التاريخ ثابتاً . هذا ونلاحظ أن البيع في هذا المثل ، وفي المثل السابق أيضاً ، إنما ينتج أثراً ، بالنسبة إلى المالك الحقيقي أو بالنسبة إلى صاحب الدار المجاورة ، باعتباره واقعة مادية (fait matériel) لا باعتباره تصرفاً قانونياً (acte juridique) .

٣ — وهب أن العقد الذي تم بين علي ومحمد هو عقد قرض ، فاقترض علي من محمد مبلغاً من النقود بورقة عرقية تاريخها غير ثابت . لاشك في أن زيدا — وهو شخص لا هو خلف عام ولا خلف خاص ولا دائن — يعتبر « غيراً » أجنبياً أصلاً عن القرض ، فلا يعنيه تاريخه في شيء . ولكن قد يقع ، بحكم ظروف لاحقة ، أن زيدا يتأثر بهذا القرض انتقاصاً من حقوقه (وفي المثل السابق كان التأثير عن طريق زوال الحق إطلاقاً) ، فيهب له على مالا ، ويشترط في الهبة أن يوفى زيد الموهوب له بديون الواهب الموجودة وقت الهبة . فهل يحتج علي زيد في هذه الحالة بالتاريخ العرفي للقرض ، وهو سابق على الهبة ، فيلتزم زيد بوفاء هذا القرض ، إلا أن يثبت أن التاريخ العرفي للقرض قد قدم عمداً ليكون سابقاً على الهبة وأن التاريخ الحقيقي لاحق لا سابق ؟ أو يعتبر زيد أن هذا التاريخ العرفي ليس حجة عليه ، فلا يكلف نفسه عبء إثبات عدم صحته ، ويفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن القرض تال للهبة ، ويتمسك بوجوب أن يكون تاريخ القرض ثابتاً ليكون حجة عليه ؟ ظاهر هنا أيضاً أن الرأي الأول — يحتج عليه بالتاريخ العرفي للقرض إلى أن يثبت عدم صحته — هو الرأي الصحيح (قارن في هذه المسألة أوبري ورو ١٢ ص ٢٣٣) .

(١) وقد أورد الأستاذ سليمان مرقس في مقاله المنشور بمجلة القسانون والاقتصاد (١٤ ص ٢٨١ — ص ٢٨٢) تطبيقاً حسناً لهذا الشرط . فهو بعد أن قرر أن الدائن في الدعوى البولصية لا يعتبر « غيراً » ، استثار اعتراضاً على هذا الرأي فقال : « وقد يعترض على هذا الرأي بأن الدائن يستطيع ، بدلاً من الالتجاء إلى الدعوى البولصية حيث تكلفه بإثبات عدم صحة تاريخ المحرر المثبت للتصرف الذي أضرب به ، أن يتجاهل حصول هذا التصرف ويوقع الحجز على المال المتصرف فيه باعتبار أنه لا يزال مملوكاً لمدينه ، فيرتب له بالحجز حق خاص =

١٢٥ — (ثالثاً) الأوراق العرفية التي تخضع لقاعدة ثبوت

التاريخ : يخضع لقاعدة ثبوت التاريخ كل ورقة عرفية تعد للإثبات مقدماً كدليل كامل ، على أن يكون الدليل الكتابي واجباً ، وعلى أن يستثنى من ذلك المخالصات .

ومن ثم لا تسرى هذه القاعدة في الأحوال الآتية :

١ — إذا لم تكن هناك ورقة عرفية أصلاً لإثبات التصرف القانوني . وذلك كما لو وجد تصرف قانوني غير مكتوب وأشار إليه في البيانات الواردة في ورقة رسمية ، فلا يقال إن لهذا التصرف القانوني تاريخاً ثابتاً هو تاريخ الورقة الرسمية ، لأن التصرف ذاته غير ثابت في ورقة عرفية .

٢ — إذا كانت هناك ورقة عرفية دليلاً كتابياً على التصرف ، ولكن هذه الورقة لم تعد مقدماً للإثبات . فدفاتر التجار والدفاتر والأوراق المنزلية لا تسرى عليها قاعدة ثبوت التاريخ . أما الرسائل فإذا أعدت مقدماً للإثبات سرت عليها القاعدة ، وكذلك إذا لم تعد مقدماً للإثبات متى صلحت أن تكون دليلاً كتابياً

= على المال المحجوز عليه يجعله في حكم الغير بمعنى المادة ٢٢٨ (م ٣٩٥ جديد) ، فيكفيه أن يتمسك بعدم ثبوت تاريخ المحرر المثبت للتصرف إذا أريد الاحتجاج به عليه . فيكون هذا المذهب في تفسير القانون مشجعاً للدائنين على أن يسلكوا الطريق المعوج الذي يفتحه لهم سوء النية . ولكن يرد على ذلك . . . بأنه إذا كان الدائن حاصلاً على سند تنفيذي وأوقع الحجز بمقتضى هذا السند وتمسك بالمادة ٢٢٨ بصفته حاجزاً حتى لا يكون تاريخ التصرف العرفي حجة عليه ، فإن المتصرف إليه بهذا المحرر يجوز له أن يثبت علم الدائن بهذا التصرف قبل توقيع الحجز ، فيثبت بذلك سوء نيته . ومتى ثبت سوء نية الدائن فإنه لا يجوز له أن يستفيد من المادة ٢٢٨ ، لأن المشرع لا يمكن أن يحمي سوء النية ، ولا أن يكون قد أراد بالمادة ٢٢٨ (م ٣٩٥ جديد) حماية الأشخاص الذين يتخذون القانون ستاراً لارتكاب الغش .

انظر في أن سوء النية هو مجرد علم « الغير » بسبق وجود الورقة التي يراد أن يحتج بها عليه : بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٧٤ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٣٥ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٦٨ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٣١ . وكثير من الفقهاء في فرنسا يذهبون إلى أنه لا يمكن مجرد العلم بسبق وجود الورقة ، بل يجب أيضاً أن يكون « الغير » قد ارتكب غشاً كأن يكون قد تواطأ مع من صدرت منه الورقة لإضرارها بحق من يحتج بها : أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٤٥ — ص ٢٤٦ وهامش رقم ١٣٧ — لارو مبيير ٦ م ١٣٢٨ فقرة ٣٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٥ .

كاملاً فإنها تخضع لقاعدة ثبوت التاريخ استثناء مما تقدم^(١) .

٣ — إذا كانت هناك ورقة عرفية ، ولكنها ليست دليلاً كاملاً . وذلك كبدأ الثبوت بالكتابة ، فهو ، كقاعدة عامة لا يشترط فيه التاريخ الثابت على النحو المقرر في الدليل الكامل ، ليكون حجة على الغير . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في مبدأ الثبوت بالكتابة^(٢) .

(١) وهذا ما يبدو أن الفقه الفرنسي يذهب إليه ويقرره دون مناقشة : انظر أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٠ (ثالثاً) ص ٢٩٧ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٧٧ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٥ — دي باج (بلجيكي) ٣ فقرة ٧٩٢ — انظر أيضاً في هذا المعنى الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٧٩ — والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٣٢ ص ١٤٥ — ص ١٤٦ .

ونحن نتردد في التسليم بهذا الاستثناء . ذلك أن ثبوت التاريخ إنما اشترطه القانون في الأوراق العرفية حتى يتفادى بهذا الشرط تواطؤ أطراف الورقة على تقديم التاريخ الحقيقي أو تأخيرها . وهذا يقع أكثر ما يقع في الأوراق التي تعد مقدماً للإثبات ، ففيها يتوجه الطرفان إلى هذه الحيلة وتنبهاً لهم الفرصة في تغيير التاريخ الحقيقي . أما الورقة العرفية التي تستخدم للإثبات عرضاً دون أن تكون قد أعدت في الأصل لهذا الغرض ، فقل أن لا يخطر في بال من حررها ، إذا عني بكتابة تاريخها ، أن يقدم هذا التاريخ أو يؤخره . وإذا وقع ذلك ، أو وقع أن محرر الورقة أخطأ غير عامد في التاريخ ، ففي هذه الأحوال النادرة لا يوجد مانع من القول بأن التاريخ العرفي للورقة — حتى لو كانت رسالة — يبقى حجة على الغير ، وللغير بطبيعة الحال أن يثبت بجميع الطرق أن التاريخ العرفي الذي تحمله الرسالة غير صحيح (انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٦٦ ، وقارن بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٧٩) .

(٢) ذلك أن مبدأ الثبوت بالكتابة يكون في الغالب ورقة لم تعد للإثبات مقدماً ، وقد ذكرنا أن الأوراق التي لم تهياً للإثبات لا يشترط فيها ثبوت التاريخ . أما في فرنسا فيقع كثيراً أن ورقة عرفية تهياً للإثبات دليلاً كاملاً ثم لا تصلح إلا مبدأً لثبوت بالكتابة ، وذلك كالورقة التي تشهد على عقد ملزم للجانبين ولا تحرر من نسخ تتعدد بتعدد ذوى المصالح المتميزة ، وكالورقة التي تشهد على عقد ملزم لجانب واحد ولا تحمل عبارة الاعتماد المعروفة ، فهذه وتلك يشترط فيهما ، حتى كبدأ ثبوت بالكتابة ، ثبوت التاريخ ليكون هذا التاريخ حجة على الغير ، لأنهما أعدتا مقدماً للإثبات . فالعبرة إذن بالأعداد مقدماً للإثبات لا بأن الورقة دليل كامل أو مبدأ لثبوت بالكتابة ، فهناك دليل كامل لا يشترط فيه ثبوت التاريخ لأنه لم يعد مقدماً للإثبات كالدفاتر والأوراق المنزلية ، وهناك على العكس من ذلك مبدأ لثبوت بالكتابة يشترط فيه ثبوت التاريخ لأنه كان قد أعد مقدماً للإثبات كالورقة العرفية التي لم تتعدد نسخها في القانون الفرنسي (قارن أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٢٣ هامش رقم ١٠١ (ثالثاً) — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٦ — دي باج ٣ فقرة ٨٩٣ ثالثاً — قارن أيضاً الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٦٦ ص ٩٣ — ص ٩٤ والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٢ ص ١٤٥) .

٤ — إذا كانت هناك ورقة عرفية تعتبر دليلاً كاملاً ، ولكن الدليل الكتابي يكون غير واجب. ويتحقق ذلك في المسائل التجارية ، فهذه يجوز فيها دائماً الإثبات بالبيئة والقرائن ، فإذا وجدت ورقة عرفية اتخذت دليلاً كتابياً فلا يشترط أن يكون تاريخها ثابتاً ليكون حجة على الغير^(١) . ويتحقق ذلك أيضاً في الورقة العرفية المعدة لإثبات التزام قيمته لا تزيد على عشرة جنيهات ، لأن الإثبات الكتابي هنا أيضاً غير واجب^(٢) . ويتحقق ذلك أخيراً فيما إذا كانت الورقة العرفية تثبت واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً ، أو تصرفاً قانونياً يسرى في حق الغير باعتباره واقعة مادية^(٣) ، ففي إثبات الوقائع المادية لا يجب الدليل الكتابي .

٥ — إذا كانت الورقة العرفية التي يقدمها الخصم دليلاً كتابياً كاملاً هي مخالصة من دين ، فلا يشترط في المخالصات التاريخ الثابت لتكون حجة على الغير بتاريخها . وقد كان القضاء المصري في ظل التقنين المدني القديم^(٤) ، وكذلك

(١) ويترك الأمر فيها لتقدير القاضي : أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ مكررة ص ٢٤٧ . ويرجع في ذلك إلى الدفاتر التجارية والمراسلات وغيرها . أما المسائل التجارية التي أوجب القانون فيها الإثبات بالكتابة ، كالرهن التجاري (م ٧٦ تجارى) ، فيجب أن يكون التاريخ ثابتاً ليكون حجة على الغير (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٧٧ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٧٤) .

(٢) انظر عكس ذلك جوسران ٢ فقرة ١٩١ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٦٦ ص ٩٤ هامش رقم ٣ — وغنى عن البيان أنه في الصور الأخرى التي لا يكون فيها الدليل الكتابي واجباً ولم توجد ورقة عرفية للإثبات — كما إذا وجد مانع من الحصول على الكتابة أو فقدت الكتابة بقوة قاهرة — لا محل لاشتراط التاريخ الثابت لأن الورقة العرفية ذاتها غير موجودة . وهذا الفرض يرد إلى الحالة الأولى حين لا تكون هناك ورقة عرفية أصلاً لإثبات التصرف القانوني ، وقد سبق ذكرها .

(٣) وذلك كالأمثلة التي أوردناها في حالة الغير الأجنبي أصلاً (penitus extranei) حين يحتاج عليه بتصريف قانوني باعتباره واقعة مادية (البيع باعتباره عنصراً من عناصر الأخذ بالشفعة أو باعتباره سبباً صحيحاً في التقادم القصير : انظر ص ٢٣٠ هامش رقم ١) .

(٤) استئناف مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٥٧ ص ١١٦ — استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٦ — محكمة الفشن ١٧ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٥٧ . ومع ذلك إذا عملت محاسبة بين الغير وصاحب الإيصالات غير ثابتة التاريخ ، فلا يجوز لصاحب الإيصالات الادعاء بإيصالات أخرى قد سبها عليه إدخالها في الحساب ، إنما يجوز الأخذ بها إذا كانت ثابتة التاريخ وسابقة على تاريخ المحاسبة (محكمة مصر الوطنية ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٧١ ص ٨٢١) .

القضاء في فرنسا ، يستثنى المخالصات من قاعدة ثبوت التاريخ ، لما في اشتراط التاريخ الثابت في المخالصات من صعوبات عملية ^(١) . فمن اشترى داراً مؤجرة سرى في حقه المخالصات بالأجرة الصادرة من البائع للمستأجر ولو لم تكن ثابتة التاريخ ، إلا إذا كانت الأجرة عن مدة مستقبلية تزيد على ثلاث سنوات فيشترط التسجيل . والدائن الذي يحجز تحت يد مدين المدين حجز ما للمدين لدى الغير يحتاج عليه بالتاريخ العرفي للمخالصات الصادرة من المدين ، فتسرى هذه المخالصات في حقه إذا كان تاريخها سابقاً على الحجز ^(٢) . وفي جميع الأحوال يجوز للغير الذي يحتاج عليه بالتاريخ العرفي للمخالصة أن يثبت بجميع الطرق أن هذا التاريخ غير صحيح وأنه قدم أو أخر غشاً من طرفي المخالصة للاضرار بحقه . وقد أقر التقنين المدني الجديد هذا الاستثناء بنص صريح ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٣٩٥ على أنه «يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف ، ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات» . فجعل النص التقدير إلى القاضي في خصوص المخالصات ، إن رأى أن هناك صعوبات عملية كافية تمنع من توافر التاريخ الثابت لم يطلبه ، وإلا أخضع المخالصات كغيرها من الأوراق العرفية للقاعدة العامة وطلب فيها التاريخ الثابت لتكون حجة بهذا التاريخ على الغير ^(٣) و ^(٤)

(١) ولأن المخالصات تعتبر عادة عملاً من أعمال الإدارة ، وهذا بخلاف الوفاء مع الحلول أو الإبراء من الدين أو التجديد أو الصلح أو نحو ذلك فهذه أعمال تصرف : انظر في هذا المعنى أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٣٣ - ص ٢٣٥ .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٦ — وانظر في أن المحجوز لديه لا تحوطه شبهة إذا قدم مخالصة حتى بعد توقيع الحجز ، وتحوط الشبهة المحال عليه في حوالة الحق إذا لم يقدم المخالصة عند إعلانه بالحوالة أو عقب هذا الإعلان ، إلى أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٣٧ - ص ٢٣٨ وهامش رقم ١٢٢ .

(٣) انظر الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٣٣ — هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « وقد سبق أن أشار البعض بوجوب استثناء المخالصات من أحكام ثبوت التاريخ بمقتضى نص خاص استناداً إلى ما جرى عليه القضاء . وقد أقر القضاء من عهد بعيد عرف التعامل في عدم اشتراط قيد المخالصات اقتصاداً للنفقات — بيد أن نطاق هذا العرف يتناول المخالصات العادية فحسب دون المخالصات التي ترتب حقاً في الحلول . ولذلك احتاط المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٢٨٣) فجعل للقاضي سلطة تقدير يعتد في أعمالها بما يعرض من ظروف ، وقد رؤى احتذاء هذا المشروع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٤ - ص ٣٧٥) .

(٤) هذا وعدا هذه الأحوال الخمس هناك حالتان :

١٢٦ — (رابعا) الطرق القانونية التي يصبح بها التاريخ ثابتاً :

الأصل أن التاريخ العرفي للورقة جزء من هذه الورقة العرفية ، فمضمونه هو أيضاً جزء من الاتفاق الذى تشهد به هذه الورقة . فطرفا الورقة قد اتفقا ، فيما اتفقا عليه ، على أن يكون تاريخ اتفاقهما هو كذا . ومن ثم كان هذا التاريخ العرفي حجة عليهما ، شأنه شأن سائر أجزاء الاتفاق ^(١) . ولكل منهما أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ بالطرق المقررة قانوناً كما سبق القول . أما الغير ، على التحديد الذى بسطناه ، فهذا التاريخ العرفي ليس حجة عليه . بل إن هناك قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس أن هذا التاريخ العرفي ، بالنسبة إلى الغير ، ليس صحيحاً . ولا يستطيع الطرفان إثبات التاريخ الصحيح فى مواجهة الغير إلا بطريق من الطرق التى عينها القانون ، وهى الطرق التى يصبح بها التاريخ ثابتاً فيكون حجة على الغير .

= (فى إحداها) قد يوجد التاريخ الثابت ، ومع ذلك لا يكتفى ليكون حجة على الغير . وهى الحالة التى سبق أن ذكرناها عندما يتطلب القانون إجراء آخر للحجة على الغير ، كالتسجيل والقيود وإعلان الحوالة أو قبولها . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « إن المادة ٣٠ هـ من المشروع لا تطبق إذا كان الغير قد كفلت له الحماية بمقتضى نصوص خاصة ، كالنصوص المتعلقة باشتراط التسجيل أو التسليم فى تمليك المنقولات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٣) .

(وفى الحالة الأخرى) على العكس من الحالة الأولى قد لا يوجد التاريخ الثابت ، ومع ذلك يكتفى التاريخ العرفي ليكون حجة على الغير . ويتحقق ذلك إذا لم يتمسك الغير بوجوب أن يكون التاريخ ثابتاً ونزل عن حقه فى ذلك على نحو واضح لا لبس فيه . وذلك أن قاعدة ثبوت التاريخ إنما وضعت لحماية الغير ، فهى ليست قاعدة من النظام العام . ومن ثم يجوز للغير عدم التمسك بها والتسليم بالتاريخ العرفي الذى يحتج به عليه (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٤٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٦ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٢٢ ص ٣٠٤) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ان المادة ٣٠ هـ من المشروع لا تطبق ... إذا كان من يحتج عليه بالتاريخ قد اعترف بصحته صراحة أو ضمناً أو تنازل عن التمسك بعدم مطابقته للواقع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٣) .

(١) وهناك فرق بين طبيعة التاريخ العرفي الذى تحمله الورقة العرفية وطبيعة التاريخ الرسمى فالتاريخ الأول جزء من الاتفاق كما قدمنا ، فهو جزء من التصرف القانوني . أما الثانى فواقعة مادية يشهد بها الموظف العام الذى تولى توثيق التاريخ : أنظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ١٢ فقرة ٥٦ ص ١٢٧٠ هامش رقم ١٠١ .

وقد ذكر التقنين الجديد من هذه الطرق خمسة على وجه التحديد ، ثم عمم بعد هذا التخصيص فذكر أن التاريخ يكون ثابتاً من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه . ومن ثم يكون التاريخ ثابتاً على وجه من الوجوه الآتية :

(١) من يوم أن قيد الورقة العرفية بالسجل المعد لذلك . وقد نظمت اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق الطريق العادى لإثبات التاريخ على هذا الوجه . فنصت المادة ٣١ من هذه اللائحة على أن تقوم مكاتب التوثيق بعد أداء الرسم المقرر بإثبات تاريخ المحررات العرفية بكتابة محضر يثبت فيه تاريخ تقديم المحرر ورقم إدراجه في الدفتر المعد لذلك ، ويختم بخاتم المكتب ، ويوقعه الموثق . ذلك أن هناك في مكتب التوثيق دفترأ تدرج فيه المحررات التي أثبت تاريخها بأرقام متتابعة ، ويبين في هذا الدفتر أسماء ذوى الشأن ومحال إقامتهم وموضوع المحرر وأداء الرسم ، ويوقعه الموثق وصاحب الشأن عند تسلم المحرر (م ٣٢ من اللائحة) ، كما يوجد دفتر هجائى للفهارس (م ٣٣ من اللائحة) . ويسلم مكتب التوثيق شهادة لمن يطلبها بحصول إثبات تاريخ الورقة العرفية (م ٣٤ من اللائحة) .

هذه هي الإجراءات العادية لإثبات التاريخ من طريق قيد الورقة العرفية بسجل معد لذلك . وتوجد طرق أخرى لقيد الورقة العرفية في سجل رسمى فيكون تاريخها ثابتاً من يوم هذا القيد ، نذكر منها طريقتين : التصديق على التوقيعات والتسجيل .

وقد نظم قانون التوثيق أيضاً التصديق على التوقيعات . فقضت المادة ٢١ من لائحته بأن يقوم الموثق بالتصديق على توقيعات ذوى الشأن في المحررات العرفية ، بحضور شاهدين بالغين عاقلين معروفين له يتأكد بشهادتهما من شخصية ذوى الشأن . ويوقع هؤلاء أمام الموثق على الورقة العرفية ، ويكتب الموثق محضراً في ذيل الورقة يذكر فيه أسماءهم ومحال إقامتهم وحصول التوقيع منهم أمامه وأسماء الشهود ومهنتهم ومحال إقامتهم . ويوقع هذا المحضر الشهود والموثق ، ثم يوضع عليه خاتم المكتب ورقم إدراجه في دفتر تدرج فيه محاضر التصديق على التوقيعات بأرقام متتابعة (م ٢٤ — ٢٥ من اللائحة) . وعند إتمام

التصديق. تسلم الورقة العرفية إلى صاحب الشأن ، ويصبح تاريخ المحضر المدون بذيلها هو تاريخها الثابت .

والتسجيل إجراء آخر لإثبات التاريخ ، عن طريق قيد الورقة العرفية في سجل معد لذلك . وهنا القيد يكون كاملاً ، ويتم التسجيل الآن بالتصوير الفوتوغرافي . فكل ورقة عرفية مسجلة تكون ثابتة التاريخ من يوم تسجيلها على الأقل . بل إنه لما كان التسجيل لا يكون إلا بعد التصديق على التوقيع ، فتاريخ الورقة المسجلة يثبت من يوم التصديق على التوقيع ، ولا يتأخر إلى يوم التسجيل .

(٢) من يوم أن يثبت مضمون الورقة العرفية في ورقة أخرى ثابتة التاريخ . وذلك بأن تذكر الورقة العرفية ، مع تحديد موضوعها تحديداً معيناً لها مانعاً للبس ، في ورقة رسمية — لأن الورقة الرسمية ثابتة التاريخ بحكم رسميتها كما قدمنا — أو في أية ورقة عرفية تكون ثابتة التاريخ بوجه من الوجوه القانونية . وعند ذلك تكسب الورقة العرفية تاريخاً ثابتاً هو التاريخ الثابت للورقة الأخرى التي جرى فيها ذكر الورقة الأولى^(١) . مثل ذلك أن يذكر في ورقة تثبت عقد بيع — رسمية

(١) وفي فرنسا — حيث اقتصر النص على ذكر الورقة الرسمية لإثبات مضمون الورقة العرفية بها كطريق من طرق إثبات التاريخ ، ولم يذكر النص إلى جانب الورقة الرسمية الورقة العرفية ثابتة التاريخ كما ذكر نص التقنين المصري ذلك — غلب الرأي القائل بأن الموظف العام يجب أن يكون قد اطلع على الورقة العرفية عند إيراد مضمونها في الورقة الرسمية (انظر لوران ١٩ فقرة ٢٨٥ — دى پاچ ٣ فقرة ٧٩٧) . أما في مصر — حيث يجوز إثبات تاريخ ورقة عرفية عن طريق ذكر مضمونها في ورقة عرفية أخرى تكون ثابتة التاريخ — فلا يشترط إذن الاطلاع على الورقة العرفية الأولى لا عند إيراد مضمونها في الورقة العرفية الثابتة التاريخ ولا عند إيراد مضمونها في الورقة الرسمية (انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٧١ مكرر ص ١١٠ — ص ١١١) . وإيراد مضمون ورقة عرفية في ورقة أخرى ثابتة التاريخ يجعل تاريخ الورقة الأولى ثابتاً ، ولكن لا يعنى من تقديم الورقة ذاتها ولا يكتفى بمضمونها الوارد في الورقة الأخرى ، فالاتفاق الشفوي لا يكسب تاريخاً ثابتاً إذا ورد مضمونه في ورقة ثابتة التاريخ (الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ١٥٣ — ص ١٥٤) .

وقد قضت محكمة النقض بأن ورود المحرر العرفي في محرر آخر ثابت التاريخ من شأنه أن يجعله ثابت التاريخ من يوم ثبوت التاريخ النى ورد فيه (نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٠٦ ص ٤١٤) .

أو عرفية مصدق فيها على التوقيع — توكيل عرفي صادر من البائع الى وكيله يبيع بالنيابة عنه، فهذا التوكيل العرفي اذا كان غير ثابت التاريخ يصبح، بذكره في ورقة البيع ثابتة التاريخ، ذا تاريخ ثابت هو تاريخ ورقة البيع^(١).

(٣) من يوم أن يؤشر على الورقة العرفية موظف عام مختص. مثل ذلك أن تقدم الورقة العرفية في قضية فيؤشر عليها القاضي أو كاتب الجلسة، أو تقدم في تحقيق فيؤشر عليها المحقق، أو تقدم في جرد رسمي فيؤشر عليها مندوب الجرد، أو تقدم لصرف نقود بها فيؤشر عليها مندوب الخزانة العامة. وتكسب المراسلات المسجلة تاريخاً ثابتاً هو تاريخ ختم مصلحة البريد إذا أمكن التثبت منه بالرجوع إلى السجلات الرسمية التي سجلت فيها هذه المراسلات. أما المراسلات غير المسجلة فلا يثبت تاريخها من ختم مصلحة البريد، لأنه لا توجد سجلات رسمية يمكن الرجوع إليها للتثبت من صحة التاريخ. والتاريخ الذي يضعه المحكمون في أحكامهم لا يعتبر تاريخاً ثابتاً^(٢)، وكذلك تأشير الخبير على ورقة عرفية وذكره الورقة في محضر أعماله لا يكسبها تاريخاً ثابتاً، لأن المحكمين والخبراء لا يعتبرون موظفين عامين ولا يمكن التثبت من صحة التاريخ الذي وضعوه على الورقة العرفية^(٣). هذا ما لم يكن الخبير موظفاً عاماً، كما هو شأن الخبراء والموظفين في وزارة العدل.

(٤) من يوم وفاة أحد ممن لهم على الورقة العرفية أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة أصبع. أما الخط والإمضاء المعترف بصدورهما من الشخص المتوفى فأمرهما واضح، ذلك أن الورقة العرفية التي تحمل خطأً أو إمضاء لشخص متوفى لا بد أن تكون قد صدرت قبل وفاة هذا الشخص، فتاريخها

(١) ولكن التاريخ الثابت لتوكيل لا يكسب التصرفات ذات التاريخ اللاحق التي أبرمت بناء على هذا التوكيل تاريخاً ثابتاً (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٤٩). كذلك موت الموكل لا يجعل لتصرف أمضاء الوكيل نيابة عنه تاريخاً ثابتاً (استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٩٦).

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بعدم اعتبار التاريخ الذي يضعه المحكمون في أحكامهم ثابتاً ثبوتاً رسمياً، فيجوز الطعن فيه بكل الطرق القانونية بما فيها قرائن الأحوال (٨ نوفمبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٢٨).

(٣) الموجز للمؤلف ص ٦٧١ و ص ٦٧٢. انظر عكس ذلك الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٨٨.

(م ١٦ الوسيط — ج ٢)

ثابت من وقت الوفاة^(١) . ويستوى أن يكون الشخص المتوفى طرفاً في الورقة أو شاهد أو كفيلاً أو غير ذلك ، فالحكمة قائمة في جميع هذه الأحوال^(٢) . على أن مجرد وجود خط لشخص متوفى في الورقة لا يكفي لإثبات التاريخ ، بل يجب أيضاً أن تكون الورقة قد وقعت منذ وجود هذا الخط ، إذ يحتمل أن يعهد إلى شخص في كتابة ورقة عرفية فيكتبها ، ولكنها تبقى مشروعاً دون توقيع إلى أن يتوفى الكاتب ، ثم يوقع ذوو الشأن الورقة بعد وفاته ، فلا تكون الورقة ثابتة التاريخ من يوم الوفاة . وهذا ما لم تكن الورقة تعتبر دليلاً من غير توقيع ، كالتأشير على سند الوفاء .

بقى الختم وبصمة الأصبع . أما أن الختم يثبت تاريخ الورقة التي تحمل بصمته ، فأمر كان مقررأ في التقنين المدني الأهلئ السابق ، وتابعه في ذلك التقنين المدني الجديد . وهو محل للنظر ، إذ أن بقاء الختم بعد وفاة صاحبه واحتمال التوقيع بهذا الختم بعد الوفاة شيء يقع . وقد كان التقنين المدني المختلط لا يذكر أن ختم المتوفى يثبت تاريخ الورقة العرفية^(٣) . ومهما يكن من أمر فانه يجوز ، بالرغم من وجود بصمة الختم في الورقة ، إثبات أن التوقيع بالختم لم يتم إلا بعد الوفاة^(٤) .

(١) بشرط أن يكون وقت الوفاة ثابتاً ، كأن تدل عليه شهادة مستخرجة من سجل الوفيات (استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٢) .

(٢) استئناف مختلط ٤ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٥٦ — ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٥ .

(٣) وقد جرى القضاء المختلط على عدم الاعتراف بشبوت التاريخ عن طريق بصمة ختم المتوفى ، ولو ثبت أن الختم قد أعدم بمجرد الوفاة (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٠ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨ — انظر أيضاً : ١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٢ — أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٥٨ — ١٦ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٥٠) .

(٤) وهذه مسألة واقع تقدرها محكمة الموضوع (نقض مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٠ ص ٢٠٦) . وما يدل على سهولة التحايل على إثبات التاريخ عن طريق بصمة ختم المتوفى أن قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ — وقد نص على استثناء المحررات العرفية من أحكامه متى كان تاريخها ثابتاً قبل العمل به — لم يكده يصدر حتى بادرت الناس إلى إثبات تواريخ عقودها عن طريق تزوير بصمة ختم لشخص متوفى ، وظلوا على هذا النحو مدة طويلة . فصدر القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٤٢ يقضى بأنه لا يقبل بعد ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٢ تسجيل المحررات المتقدم ذكرها والتي لا يستند في إثبات تاريخها إلا إلى وجود إمضاء أو ختم فيها لإنسان =

وبصمة الأصبع أدق من بصمة الختم ، فهي أقرب إلى إثبات تاريخ الورقة العرفية التي تحمل هذه البصمة لشخص متوفى . على أن احتمال توقيع الورقة العرفية ببصمة شخص متوفى بعد وفاته لا يزال قائماً وإن كان احتمالاً بعيداً ، وهو أبعد على كل حال من احتمال التوقيع بالختم بعد وفاة صاحبه (١) .

(٥) من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد من لهم على الورقة العرفية أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة أصبع أن يكتب أو يصم لعله في جسمه . والمثل المألوف لهذه الحالة أن تبريد شخص في تاريخ معروف ، فتكون الورقة العرفية التي وقعها بيده قبل أن تبريد ذات تاريخ ثابت هو تاريخ هذا البر . وهذا صحيح بالنسبة إلى الخط والإمضاء وبصمة الأصبع . أما الختم فيمكن التوقيع به بعد تبريد اليد ، بل بعد تبريد اليدين معاً ، إذ يجوز أن يقع به غير صاحبه ، فلا تكسب الورقة منه تاريخاً ثابتاً في المثال المتقدم . وقد تكون العلة في الجسم التي تستحيل معها الكتابة شيئاً آخر غير البر كالشلل .

وقد عمم التقنين المدني الجديد بعد التخصيص كما قدمنا ، فذكر أن الورقة العرفية تكون ثابتة التاريخ من يوم وقوع أي حادث آخر — غير الحوادث التي تقدم ذكرها — يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه . مثل ذلك الجنون العارض ، فقد يقع شخص سليم العقل ورقة عرفية ، ثم يصاب بالجنون بعد ذلك ، فمن يوم ثبوت عزله في مستشفى أو في مكان آخر يكون تاريخ الورقة ثابتاً ، مع أن الجنون ليس علة في الجسم — وهذا ما اقتصر النص على ذكره — بل هو علة في العقل (٢) .

توفى . والظاهر من التسوية بين الإمضاء والختم في مظنة التزوير أن الناس لجأوا أيضاً إلى تزوير إمضاءات المتوفين كما زوروا أختامهم . وانتقلت أحكام هذا القانون الأخير إلى قانون الشهر العقاري الذي حل محل قانون التسجيل (انظر في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١١٣ هامش رقم ١) .

(١) الموجز للمؤلف ص ٦٧٠ — ص ٦٧١ .

(٢) كما يكفي في ثبوت التاريخ تقديم الورقة في قضية بحيث تتناولها المرافعة ولو لم يؤشر عليها بما يفيد ذلك (محكمة الاسكندرية الوطنية ٢١ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٤٨٩ ص ٩٧٥ — انظر أيضاً محكمة النقض الدائرة المدنية في ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٦ ص ٨٣١) . ويعتبر التاريخ الثابت للورقة في هذه الحالة وقت تقديمها إلى المحكمة ، =

وقد كان التقنين المدني السابق يفسره الفقه والقضاء على النحو الذى قدمناه . فهو ، بالرغم من أنه لم يورد فى المادة ٢٢٩/٢٩٤ إلا بعض طرق إثبات التاريخ — قيد الورقة فى سجل عام وأثر معترف به لشخص متوفى وتأشير على الورقة من موظف عام مختص — فإن هذه الطرق لم تحمل على أنها وردت على سبيل الحصر . ومن ثم لا يكون هناك فرق بين التقنين القديم والتقنين الجديد فى طرق إثبات التاريخ (١) .

== ويثبت ذلك بشهادة من قلم الكتاب (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٥٥) . وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن العقد إذا ذكره الطرفان محدداً فى إنذارات رسمية ، فإنه يكسب التاريخ الثابت لهذه الإنذارات (نقض مدنى ١٣ أبريل سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٩ ص ٢٠٥) .

ويمكن القول أن ثبوت علم « الغير » بالورقة العرفية ، يجعل لها تاريخاً ثابتاً له حجته على هذا الغير من وقت علمه بالورقة . وما يساعد على هذا القول ما قدمناه من أن قاعدة ثبوت التاريخ ليست من النظام العام ، فيجوز أن يعترف « الغير » بصحة التاريخ غير الثابت أو ينزل عن التمسك بوجوب أن يكون التاريخ ثابتاً . أما فى فرنسا فيصعب القول بذلك ، لأن طرق إثبات التاريخ هناك مذكورة على سبيل الحصر كما سنرى (أنظر فى هذا الطريق من إثبات التاريخ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٨٤٥ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٢٢ ص ٣٠٤) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد توسع التقنين الإيطالى فى بيان الوسائل التى تقدمت الإشارة إليها . وذكر من بينها بوجه خاص حالة طرود عجز جسمانى يحول دون الكتابة (كبت الأعضاء أو الشلل الكلى) . أما التقنين المراكشى (م ٤٢٥) والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٢٨٣) فقد آثرا سرد هذه الوسائل على سبيل المثال ، حتى يتيسر للقاضى أن يعتد بسائر ما لم يرد فى النص من الأمارات البينة الدالة على أسبقية تاريخ الورقة العرفية . بيد أنه ينبغى التنويه بأن كفالة الغرض الذى كان يرمى إليه التقنين المصرى والتقنين الفرنسى ، وسد ذرائع التحكم ، يوجبان على القاضى عدم الاجتزاء بتأسيس حكمه على وقائع يترجح معها مجرد احتمال مطابقة التاريخ للواقع ، ويقتضيان تسيب حكمه وإسناده إلى وقائع قاطعة . ولذلك استظهر المشروع دلالة المقصود فى هذا الشأن فنص على أن التاريخ يكون ثابتاً (من يوم وقوع أى حادث مماثل من حيث الطبيعة يكون قاطعاً فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوع هذا الحادث) ، محتذياً مثال المادة ٤٢٥ من التقنين المراكشى « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٤) .

(١) وتأيداً لذلك قضت محكمة النقض بأن وسائل إثبات التاريخ الواردة بالمادة ٢٢٩ مدنى (قديم) ليست واردة بها على وجه الحصر . فإذا قدمت ورقة ما فى قضية ، وتناولتها المرافعة بالجلسة التى نظرت فيها تلك القضية ، فهذا يكفى لاعتبار تاريخ الورقة ثابتاً من يوم تلك الجلسة (نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٦ ص ٨٢١ وهو الحكم الذى سبقته الإشارة إليه) . وقضت محكمة الأسكندرية الكلية الوطنية بأن المادة ٢٢٩ مدنى (قديم) لم تذكر =

أما التقنين المدني الفرنسي فقد اقتصر على طرق ثلاثة لإثبات التاريخ، ذكرها على سبيل الحصر ، وهي :

- (١) تسجيل الورقة العرفية وفقاً لإجراءات معينة (enregistrement)
- (٢) ذكر مضمون الورقة العرفية في ورقة رسمية (٣) توقيع معترف به من شخص متوفى ، طرفاً كان أو شاهداً (١).

ومتى ثبت التاريخ على وجه من الوجوه المتقدمة الذكر في التقنين المدني المصرى ، صار هذا التاريخ الثابت هو الحجة على الغير ، لا التاريخ العرفى الذى يسبقه . ولكن تصبح حجته على الغير أقوى من حجة التاريخ العرفى على طرفى الورقة ، ذلك أن الغير لا يستطيع أن يدحض حجة التاريخ الثابت

= طرق إثبات التاريخ على سبيل الحصر ، وعلى ذلك يجوز أن يكسب المحرر تاريخاً ثابتاً إذا ورد ذكره في محرر رسمى (٢٥ يونيو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٦٠٧ ص ١١٢٢) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأن المشرع المصرى ، على خلاف المشرع الفرنسى ، يعتبر وسائل إثبات التاريخ المنصوص عليها أمثلة يجوز القياس عليها (٢١ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٤٨٥ ص ٩٧٥) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بثبوت التاريخ من ذكر أن الورقة قدمت لخزانة المحكمة لتحصيل الرسوم (أول مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٣٨) وبثبوت تاريخ عملية ورد ذكرها في دفتر من دفاتر التجار المنتظمة (١٩ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠١) . وقد ورد في الموجز للمؤلف (ص ٦٧١ - ص ٦٧٢) في هذا المعنى ما يأتى : « على أن الطرق الثلاثة المتقدمة لم تذكر على سبيل الحصر ، فكل طريق آخر يمكن التثبت به من تاريخ السند العرفى يصلح طريقاً لإثبات تاريخ هذا السند » .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في بعض أحكامها بأن وسائل إثبات التاريخ (في التقنين السابق) قد وردت على سبيل الحصر : استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٧٥ - ٣٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٨ . وقضت محكمة أبو حمص بأن النشر عن ضياع عقد في إحدى الصحف ليس من طرق إثبات التاريخ المنصوص عليها قانوناً ، وهى على رأى الراجح واردة في المادة ٢٢٩ مدنى (قديم) على سبيل الحصر (٣٠ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٨/٢ ص ٦١) . ولعل هذا يفسر ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى من أن « وسائل إثبات التاريخ . . . وردت في التقنين المصرى (م ٢٩٤ مختلط) والتقنين الفرنسى (م ١٣٢٨) على سبيل الحصر ، تيسيراً لتثبت الغير من ذلك ، ودفعاً لتحكم القضاء . بيد أن الفقه ينمى على مذهب الحصر هذا جموده ، ولا سيما أنه يقتضى بطبيعة الحال عدم التوسع في تفسير النصوص » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٤) .

- (١) أوبرى ورو ١٢ ص ٢٤٣ - ص ٢٤٤ - بودرى وبارو ٤ فقرة ٢٣٦٩ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٥ ، وانظر أيضاً فقرة ١٤٨٣ حيث ينتقدون السياسة التشريعية في حصر طرق إثبات التاريخ .

إلا عن طريق الطعن بالتزوير ، أما من كان طرفاً في الورقة فيستطيع أن يدحض حجية التاريخ العرفي بإثبات أن هذا التاريخ غير صحيح دون حاجة إلى الطعن بالتزوير . وإذا قام تنازع بين ورقتين لهما تاريخ ثابت في يوم واحد ، فإن أمكن تعيين الورقة الأسبق فضل صاحبها . ويتحقق ذلك إذا كان طريق ثبوت التاريخ بالقيء في السجل ، وعينت ساعة القيد أو أعطيت الورقتان رقمين مسلسلين ، فالورقة الأسبق في الساعة أو في الرقم المسلسل هي التي يفضل صاحبها . وإذا لم يمكن تعيين الورقة الأسبق ، كما لو كانت الورقتان قد وقعهما شخص واحد توفي واتخذ تاريخ وفاته تاريخاً ثابتاً لكل من الورقتين ، فصاحب الورقة المكلف بإثبات أسبقيته يتقدم عليه صاحب الورقة الأخرى لأن الأول قد عجز عن إثبات هذه الأسبقية (١) .

المطلب الثالث

حجية الورقة العرفية فيما يتعلق بالصورة

١٢٧ — الأصل الإلزامي لصورة الأوراق العرفية : رأينا فيما تقدم

أن صور الأوراق الرسمية لها قوة متفاوتة في الإثبات ، مع أن الصورة لا تحمل توقيع من صدرت منه الورقة والتوقيع هو الذي تتركز فيه قوة الإثبات . وتعليل ذلك كما رأينا يرجع إلى أن صورة الورقة الرسمية هي أيضاً ورقة رسمية يقوم بتحريرها موظف رسمي مختص ، فتضفي عليها رسميتها من الثقة ما يجعل لها قيمة في الإثبات تتفاوت قوة وضعفاً .

أما صورة الورقة العرفية فليست لها في الأصل أية قيمة في الإثبات ، ولو كبداً ثبوت بالكتابة . فهي لا تحمل توقيع من صدرت منه الورقة . وهي في الوقت ذاته ليست ورقة رسمية حتى تضفي عليها رسميتها شيئاً من الثقة . ولا قيمة لصورة الورقة العرفية إلا بمقدار ما تهدي إلى الأصل إذا كان موجوداً ، فيرجع إليه ، وتكون الحجية للأصل لا الصورة . أما إذا كان الأصل غير

(١) أوبري ورو ١٢ ص ٢٤٦ — وانظر أيضاً الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات

فقرة ٧٥ ، والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٤٠ .

موجود ، فلا سبيل للاحتجاج بالصورة ، لما قدمناه من أنها لا تحمل التوقيع ومن أنها ليست ورقة رسمية ، ولجواز أن تكون الصورة محرفة أو أن يكون الأصل مزوراً فلا يتيسر الاهتداء إلى التزوير بالاختصار على الصورة^(١) . وهذا صحيح حتى لو كانت الصورة المأخوذة من الأصل صورة فوتوغرافية^(٢) .

وغنى عن البيان أن صور الصور للورقة العرفية ليست لها هي أيضاً ، من باب أولى ، أية قيمة في الإثبات .

(١) استئناف مختلط ٢٥ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٥٧ — ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢١١ — ٢٩ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٨٥ — ٣ يولية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨٣ — ٩ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٤ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٥ — ٥ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٥ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٦ — ١٧ يولية سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٣٩ — ٢٣ يولية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٦١ — ١٤ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٧١ . محكمة جرجا ١٦ يولية سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٤٥ .

على أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأنه إذا ثبت وجود مستند في ملف الدعوى بمحكمة أول درجة ، وقد اختفى هذا المستند من الملف فيما بعد ، فإن ترجمة هذا المستند ، المصدق عليها من السلطة المختصة والتي قدمت إلى محكمة أول درجة قبل المرافعة ، يصح أن يكون لها من قوة الإثبات أمام محكمة الاستئناف ما للأصل المفقود (استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٣٨) . هذا ويجب تقديم أصل الورقة كدليل للإثبات إلى محكمة الموضوع . فإذا قدمت صورة فوتوغرافية لعقد عرفي لم يسجل ، واستبعدتها محكمة الموضوع ، لا تكون قد خالفت القانون . وإذا أريد بعد ذلك تقديم الأصل لأول مرة أمام محكمة النقض ، فلا يصح ذلك لأنه لا يجوز قبول مستندات جديدة أمام محكمة النقض (نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٧ ص ٦١٢ — المحاماة ٢٩ رقم ٢١٠ ص ٣٩٤) .

انظر أيضاً في هذا الموضوع أوبري ورو ١٢ ص ٢٨٠ — بونيه ٢ فقرة ٧٩٣ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٧٧ — فقرة ٦٨٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٠٧ .

(٢) وقد يقال إن الصورة الفوتوغرافية أدل على الأصل من الصورة المكتوبة . وهذا صحيح ، ولكن التصوير الفوتوغرافي لا ينفى كل شبهة ، ولا يمكن حتى معه التحقق من أن الأصل غير مزور . فالصورة الفوتوغرافية غير الورقة الأصلية التي تظهر في حالتها الطبيعية ، بما قد يشوبها من عيوب . هذا إلى أن فن التصوير الشمسي ، وإن كان قد تقدم إلى حد تمكنه من نقل الأصل بأمانة كافية ، إلا أنه ، كما تقول محكمة استئناف مصر (١٨ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٨١ ص ٥٤٨) ، قد تقدم أيضاً إلى حد قد يجعل تلك الصور بعيدة كل البعد عن الدلالة على الحقيقة التي يراد إثباتها بهذه الصور . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تثريب على المحكمة إذا هي لم تر الأخذ بصورة شمسية لورقة أريد التذليل بها في الدعوى (نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ المحاماة ٩٩ رقم ٢١٠ م ٣٩٤ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

١٢٨ — استثناءه تكونه فيهما لصورة الورقة العرفية فيمة في

الإثبات : على أن هناك استثنائين من المبدأ الذي قدمناه تكون فيهما لصورة الورقة العرفية قيمة معينة في الإثبات :

(الاستثناء الأول) في حالة التسجيل ، فقد تكون لصورة الورقة المسجلة قيمة في الإثبات^(١). ونميز في ذلك بين عهدين : العهد السابق على قانون التسجيل (رقمى ١٨ و ١٩ لسنة ١٩٢٣) وعهد قانون التسجيل (الذى حل محله القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقارى) .

ففى العهد الأول كان التسجيل يتم بنقل صورة حرفية من الورقة المقدمة للتسجيل في سجل عام ، ثم يختم الأصل بختم يدل على حصول التسجيل ويعاد إلى صاحبه . فاذا أعطيت صورة من الورقة المسجلة كانت هذه الصورة رسمية ، لأن موظفاً عاماً مختصاً كان هو الذى ينقل هذه الصورة ، لا عن الأصل فهو عند صاحبه كما قدمنا ، ولكن عن الصورة الرسمية لهذا الأصل العرفى وهى الصورة المدونة في السجل العام . ولما كانت صورة الصورة هذه هى صورة رسمية لصورة رسمية ، فقد كان القضاء في البداية يعتد بها ، في حالة فقد الأصل ، كدليل كامل أو على الأقل كمبدأ ثبوت بالكتابة^(٢). ثم رجع عن ذلك ، وأنكر حجية هذه الصورة الرسمية حتى كمبدأ ثبوت بالكتابة ، لما رأى ما لجأ إليه بعض الناس من تقديم أوراق مزورة للتسجيل وإعدام الأصل المزور ، والتقدم بعد ذلك بصورة رسمية منقولة عن الصورة المدونة في السجل العام ، فلا يظهر التزوير لا في صورة الصورة ولا في الصورة الأصلية ، إذ أن الموظف العام لم يكن من اختصاصه ولا

(١) ومهما يكن من قيمة للتسجيل ، فإن الخصم الذى ينكر صحة ورقة عرفية مسجلة أو ينكر صحة التوقيع الذى تحمله ليس في حاجة إلى الالتجاء لإجراءات الطعن بالتزوير (استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٧٨) . هذا وبعد أن أصبح ضرورياً في التسجيل التصديق على التوقيع ، لم يعد في الإمكان إنكار التوقيع إلا عن طريق الطعن بالتزوير .

(٢) استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٣ - ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٧١ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٥ - ١١ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣١٦ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١٦ .

في إمكانه التحقق من سلامة الأوراق التي تقدم للتسجيل^(١). وفي العهد الثاني ، عهد قانون التسجيل ثم الشهر العقاري وهو العهد الحالي ، اتخذ المشرع احتياطات دقيقة . وتتلخص هذه الاحتياطات في وجوب التصديق على التوقيع قبل تسجيل المحرر ، وفي هذا ضمان كاف لعدم تزوير الأوراق ولصحة صدورها من موقعها ، ثم في طريقة التسجيل ذاتها فقد صار الأصل هو الذي يحفظ بمكتب الشهر ويعطى لأصحاب الشأن صور فوتوغرافية من هذا الأصل . هذه الصور الفوتوغرافية ، التي تمكن إعادة أخذها فيما بعد منقولة دائماً عن الأصل وأعطائها لأصحاب الشأن إذا احتاجوا إليها ، هي صور رسمية دقيقة من أصل محفوظ في مكتب السجل العقاري ، فقيمتها في الإثبات لا شك فيها . ذلك أنه إذا كان الأصل موجوداً وهو الغالب ، ولم ينازع الخصم في مطابقة الصورة الفوتوغرافية للأصل ، اكتفى بالصورة دليلاً كاملاً في الإثبات^(٢). فان نازع الخصم في المطابقة ، أمكنت مضاهاة الصورة على الأصل المحفوظ بمكتب الشهر ، وكانت الحجية للأصل لا للصورة . أما إذا فقد الأصل — وهذا نادر ولكنه يقع

(١) نقض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ دار النشر لأحكام النقض المدنية ١—١٣—٤٨ استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٧٧ — ٤ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٩٣ — ٩ مارس سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٢٧٧ .
على أنه عندما أخذت محكمة الاستئناف المختلطة تقضي بأن صورة الورقة المسجلة لا تصلح للإثبات حتى كبدأ ثبوت بالكتابة ، قضت مع ذلك بأن الصورة الرسمية لورقة عرفية مسجلة تصلح لإثبات مبدأ الحيازة التي تؤدي إلى التملك بالتقادم (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٧٤) .

ويلاحظ أنه إذا فقد الأصل بقوة قاهرة ، وأمكن الخصم إثبات ذلك ، جاز له الإثبات بالبينه دون حاجة لاستخدام صورة الورقة المسجلة حتى كبدأ ثبوت بالكتابة . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن صورة الورقة العرفية المسجلة وغير المصدق على التوقيع فيها لا قيمة لها في إثبات صحة الورقة العرفية ذاتها ، ولا تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة إلا إذا كان عدم تقديم الأصل يرجع إلى أنه قد فقد أو إلى أي سبب آخر كاف لتبرير ذلك (استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٣) . ويؤخذ على هذا الحكم أنه جعل صورة الورقة العرفية المسجلة ، في حالة فقد الأصل ، مبدأ ثبوت بالكتابة ، وهو في غير حاجة إلى ذلك ، ويكفي أن يستأنس بالصورة باعتبارها مجرد قرينة تستكمل بالبينه أو بقرائن أخرى ، لأن الدليل الكتابي غير واجب في هذه الحالة .

(٢) استئناف مصر ١٨ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٨١ ص ٥٤٨ — ٢١ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٣ ص ٥٥٦ .

أحياناً لقوة قاهرة كحريق أو سرقة — فإن دقة الصورة الفوتوغرافية ورجحان سلامة الأصل من التزوير بعد التصديق على التوقيع ، كل ذلك يسمح باعطاء هذه الصورة الفوتوغرافية قوة إثبات كاملة أو في القليل يجعلها مبدأ ثبوت بالكتابة^(١) .

(الاستثناء الثاني) في حالة ما إذا كانت صورة الورقة العرفية مكتوبة بخط المدين ، فتكون لهذه الصورة بعض القيمة في الإثبات . ويلاحظ أن هذه الصورة المكتوبة بخط المدين لا تحمل توقيعها ، وإلا صارت إما نسخة ثانية ، لا مجرد صورة ، فتكون لها حجية الأصل كالنسخة الأولى ، وإما سنداً مؤيداً (acte recognitif) وسيأتى بيان قيمته في الإثبات . فالصورة التي نحن بصدددها هي إذن مكتوبة بخط

(١) الموجز للمؤلف لفقرة ٦٤١ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٠٠ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٧٧ . الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٤٢ .

ومع ذلك قضت محكمة استئناف مصر بأنه ليس بين الأدلة الكتابية التي نص عليها القانون المدني الصورة الشمسية للأوراق . والقانون المدني لا يعترف إلا بالصورة الرسمية التي يحررها موظف يختص بتحريرها ، ولا يعترف بقيمة ما لصور العقود العرفية ، حتى لو كانت مسجلة وكانت صورها محررة بمعرفة موظف من موظفي قلم التسجيل . ذلك لأن الدليل الكتابي العرفي لا ينهض حجة إلا إذا كان بذاته صادراً من نسب إليه . فالصور الشمسية ، وهي ليست بكتابة مخطوطة باليد بل هي صورة آلية من وضع يد غير اليد التي يصح أن تكون كاتبة للأصل المأخوذة عنه تلك الصورة ، لا يصح مطلقاً أن تعتبر دليل إثبات ، لأنها ورقة وإن نقلت الكتابة بإثبات صورتها إلا أنها غير الورقة الأصلية التي تظهر فيها حالتها الطبيعية وما يشوبها من عيوب . وأنه وإن كان قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ قد جعل قيمة قانونية للصور الشمسية الصادرة من قلم التسجيل والمأخوذة من الأصل الموقع عليه من المتعاقدين والمحفوظ في هذا القلم ، فذلك لأنه عند إنكار العقد المقدم صورته يمكن الرجوع حالا إلى الأصل المحفوظ بقلم التسجيل ويحقق إنكاره ، فالحجة لا تكون في الحقيقة للصورة الشمسية بل للأصل المحفوظ في قلم التسجيل (١٨ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٨١ ص ٥٤٨ ، وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

ثم قضت بعد ذلك بأن الصورة المستخرجة من دفاتر التسجيل لعقد عرفي لا يصح أن تعتبر في ذاتها دليلاً كتابياً أو مبدأ ثبوت بالكتابة . ويجعل للقاضي على أي حال حق النظر في درجة اعتمادها (م ٢٣١ مدني) . وإن كان هناك رأى يقول بجواز اعتبار صورة العقد العرفي المسجل كبداً ثبوت بالكتابة إذا كان مصدقاً في أصل العقد على إمضاء الصادر منه تصديقاً رسمياً (٢١ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٣ ص ٥٥٦ — وقد سبقت الإشارة أيضاً إلى هذا الحكم — ويبدو منه ميل المحكمة إلى إعطاء صورة الورقة العرفية المسجلة إذا كان مصدقاً على التوقيع فيها قيمة ما في الإثبات . وهذه بداية في تطور القضاء يرجى أن تبلغ غايتها) .

لمدين ولا تحمل توقيعيه ، ويمكن في هذه الحالة اعتبارها مبدأً ثبوت بالكتابة لأنها صادرة من المدين ما دامت بخطه ، وتستكمل بالبيئة أو القرائن (١).

على أنه ليس من الضروري أن تكون صورة الورقة العرفية مكتوبة بخط المدين نفسه لاعتبارها مبدأً ثبوت بالكتابة ، بل يكفي أن تكون صادرة من نائب المدين . مثل ذلك أن يعلن محضر — وهو نائب المعلن — ورقة عرفية إلى المعلن إليه . فالصورة التي يتركها المحضر بخطه (أو المفروض أنها بخطه لأنها صادرة منه) تصلح أن تكون مبدأً ثبوت بالكتابة يتمسك به الخصم ضد المعلن ، إذ أن هذه الصورة مكتوبة بخط نائب المدين وهو المحضر ، فكأنها صادرة من المدين (٢) .

١٢٩ — السند المؤيد وفيمته في الإثبات : وبين الأصل والصورة يوجد

سند ، لا هو مجرد صورة (copie) لأنه يحمل توقيع المدين ، ولا هو نسخة ثانية (exemplaire) من الأصل لأنه غير معاصر للأصل بل يكتب بعده . فهو إذن أضعف من الأصل ، وأقوى من الصورة . هذا هو السند المؤيد أو السند الجديد (acte recognitif, titre nouvel) وهو سند يتضمن إقراراً بحق سبق إثباته في محرر يسمى بالسند الأصلي (acte primordial) . ويتميز السند المؤيد عن مطلق الإقرار بالحق بأنه لا يتضمن إقراراً على إطلاقه ، بل يشير إلى أن الحق المقربه قد سبق إثباته في سند أصلي . ومن ثم إذا تعارض السند المؤيد مع السند الأصلي ، كان السند الأصلي هو المعتبر . ولو كان السند المؤيد إقراراً محضاً لأخذ به دون السند الأصلي (٣) .

والسند المؤيد ، على هذا النحو ، يصلح من الناحية القانونية لقطع التقادم ، ومن الناحية العملية لتوفير دليل الإثبات عند فقد السند الأصلي إذا كان هذا

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٤١ .

(٢) استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ١٦ — انظر أيضاً في هذا المعنى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٧ — محكمة النقض الفرنسية ١٦ يونية سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١-١-٩٧ .

(٣) وتعين ما إذا كان السند مطلق إقرار أو هو سند مؤيد مسألة موضوعية لا تعقيب فيها لمحكمة النقض (نقض فرنسي ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٩ سيريه ١٩٠٣-١-٤٦٢ — أول يونية سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩٠٨-١-٣٢٨ — أوبري ورو ١٢ ص ٢٨١ هامش رقم ١) .

معرضاً للفقد . ويغلب أن يكون ذلك في الديون الطويلة الآجال وفي الإيرادات المؤبدة ، حيث يحتاج الدائن من وقت إلى آخر أن يحصل على سند مؤيد لسنده الأصلي لتقديم العهد بالسند الأصلي ، فيقطع التقادم ويجدد الدليل^(١) .

وقد تضمن التقنين المدني الفرنسي نصاً يقرر قيمة السند المؤيد في الإثبات . فنصت المادة ١٣٣٧ من هذا التقنين على ما يأتي : «السندات المؤيدة لا تعفى من تقديم السند الأصلي ، إلا إذا كان نص السند الأصلي قد دون خصيصاً في السند المؤيد . وما اشتمل عليه السند المؤيد زائداً على السند الأصلي ، أو ما اختلف معه فيه ، فليس له من أثر . ومع ذلك يعفى الدائن من تقديم السند الأصلي إذا وجدت جملة من السندات المؤيدة المتطابقة ، تدعمها الحيازة ، ويكون تاريخ أحد هذه السندات يرجع إلى ثلاثين سنة »^(٢) .

ويتبين من هذا النص أن السند المؤيد ، في التقنين الفرنسي ، لا يصلح في ذاته دليلاً كاملاً . وهناك فرضان : (الفرض الأول) أن السند الأصلي موجود . وفي هذه الحالة لا يكون السند المؤيد دليلاً أصلاً ، بل يجب على الدائن إبراز السند الأصلي . فإذا كان هناك خلاف بينه وبين السند المؤيد فالعبرة بالسند الأصلي ، إلا إذا تبين من الظروف أن السند المؤيد ليس في حقيقته إلا تجديداً للدين فتكون العبرة بالدين الجديد . (الفرض الثاني) أن السند الأصلي غير موجود . وفي هذه الحالة لا يكون للسند المؤيد قوة في الإثبات كدليل كامل^(٣) ، ولكنه يكون مبدأً ثبوت بالكتابة يستكمل بالبينة

(١) وكان السند المؤيد واسع الانتشار في القانون الفرنسي القديم ، حيث كانت الإيرادات والمرتبات المؤبدة مألوفة إلى حد كبير (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠١ ص ٩٤٨) .
(٢) وهذا هو الأصل في نصه الفرنسي .

Art. 1337 : Les actes récongnitifs ne dispensent point de la représentation du titre primordial, à moins que sa teneur n'y soit spécialement relaté. Ce qu'ils contiennent de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de différent, n'a aucun effet. Néanmoins, s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes soutenues de la possession et dont l'une eût trente ans de date, le créancier pourrait être dispensé de représenter le titre primordial.

(٣) إلا في حقوق الارتفاق ، وإلا إذا كان السند المؤيد هو في حقيقته تجديد للدين .

وبالقرائن . ومع ذلك قد يكون دليلاً كاملاً في حالتين : (١) إذا كان نص السند الأصلي مدوناً بأكمله في السند المؤيد (٢) إذا تعددت السندات المؤيدة ، وكانت متطابقة ، ودعمتها الحيازة ، وكان أحدها يرجع تاريخه إلى ثلاثين سنة على الأقل . فيجوز للقاضي في هذه الحالة ، إذا كان السند الأصلي قد فقد ، أن يعد السندات المؤيدة دليلاً كاملاً ، ويترك ذلك إلى تقديره . وهذه الأحكام ينتقدها الفقه في فرنسا^(١) ، لأنها لا تتفق مع القواعد العامة .

فإن هذه تقضى — وهذا ما يجب اتباعه في مصر ما دام لا يوجد نص في هذه المسألة — بأنه إذا وجد سند مؤيد لسند سابق ، اعتد بالسند المؤيد كدليل إثبات كامل ، إذ هو موقع من المدين وليس مجرد صورة لورقة عرفية ، سواء في ذلك اشتمل على نص السند الأصلي أو لم يشتمل ، وتعددت السندات المؤيدة أيا كان تاريخها أو لم تعدد . ولكن لما كان السند المؤيد يشير إلى سند أصلي ، فالمفروض أن السند المؤيد مطابق للسند الأصلي ، إلى أن يثبت المدين العكس بابراره السند الأصلي . وبهذا تقضى المادة ٢٩٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي . وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين الجديد يحتوى على نص مماثل ، إذ كانت المادة ٥٣٧ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : «السند المؤيد لسند سابق يكون حجة على المدين . على أنه يجوز للمدين أن يثبت عدم صحة هذا السند بتقديم السند الأصلي» . ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص ، ويغلب أن يكون ذلك اكتفاء بالقواعد العامة (٢) .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٠ مكررة ص ٢٨١ — ص ٢٨٥ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٠٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠١ — فقرة ١٥٠٣ ص ٩٤٨ — ص ٩٤٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٤ هامش رقم ١ . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص هذا النص ما يأتي : «السند المؤيد لسند سابق هو السند الجديد هو ما يتضمن إقراراً بحق سبق إثباته في محرر يلقب اصطلاحاً بالسند الأصلي . فالسند المؤيد لا يعتبر من قبيل الصور ، ولا يستحدث جديداً على وجه الإطلاق ، لأنه يتحمل توقيع من يجوز الاحتجاج به قبله . وتنحصر أهمية هذا السند عملاً في قطع التقادم وتوفير دليل الإثبات عند فقد السند الأصلي وتعرضه لاحتمال الفقد . ويفرق التقنين الفرنسي ، فيما يتعلق بحجية السند المؤيد ، بين حالة اشتمال هذا السند على صيغة السند الأصلي ، وبين حالة انحرافه عن هذه الصيغة . ولا يجعل للسند الجديد حجية في الحالة الثانية إلا إذا قدر السند الأصلي . بيد أن =

الفرع الثاني

الأوراق العرفية غير المعدة للإثبات

١٣٠ — **بيان هذه الأوراق :** رأينا فيما تقدم أن الورقة العرفية التي تعد للإثبات لا تكون دليل إثبات كامل إلا إذا كان موقعاً عليها ، وأن التوقيع هو الذي يضمن على الورقة حجيتها . على أنه توجد بعض أوراق عرفية لم تعد مقدماً للإثبات ، ومع ذلك يجعل لها القانون بنص خاص حجية معينة ، ولا يشترط فيها أن يكون موقعاً عليها .

وقد نص التقنين المدني الجديد على أربعة أنواع من هذه الأوراق العرفية غير المعدة للإثبات ، وجعل لكل نوع منها قيمة في الإثبات معينة ، وهي :

(١) الرسائل والبرقيات .

(٢) دفاتر التجار .

(٣) الدفاتر والأوراق المنزلية .

(٤) التأشير ببراءة ذمة المدين^(١) .

= السند المؤيد ينطوي في هذه الحالة على إقرار كتابي موقع عليه ، فلا محل إذن لاشتراط تقديم السند الأصلي من الدائن . ولذلك رأى المشروع إلزام المدين بتقديم السند الأصلي عند النزاع ، مقتدياً في ذلك بالمادة ٢٩٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٤ هامش رقم ١) . ويلاحظ أن القانون السوري استبقى هذا النص تحت رقم المادة ١٣ من قانون البينات .

هذا ويستطيع المدين ، إذا لم يقدم السند الأصلي ، إثبات عكس ما جاء بالسند المؤيد ، ولكن طبقاً للقواعد المقررة في الإثبات ، فلا يجوز له أن يثبت ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة .

(١) انظر في طريق خاص لإثبات التوريدات المنزلية بحفر علامات على شقي عصا مشطورة إلى قسمين (tailles) ، وكان هذا الطريق معروفاً في فرنسا عندما كانت الكتابة غير منتشرة ، أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٩ ص ٢٧٧ — ص ٢٧٨ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٧٨ — فقرة ٢٤٨٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٨ ص ٩٥٦ — ص ٩٥٧ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٤٣ — فقرة ١٢٤٤ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٤١ — كولان وكايتان ومورانديير ٢ فقرة ٧٦٥ — چوسران ٢ فقرة ١٦١ فقرة ٨٦ هامش رقم ١ .

والسبب في بقاء هذا الطريق للإثبات مذكوراً في الفقه الفرنسي بعد اندثاره في العمل أن التقنين المدني الفرنسي ، وقد وضع في سنة ١٨٠٤ ، أفرد له نصاً خاصاً هو المادة ١٣٣٣ .

وإنما أشرنا إلى هذا الطريق الخاص للتدليل على أن للعرف دوره في رسم طرق الإثبات .

المبحث الأول

الرسائل والبرقيات

١٣١ — **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٩٦ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« ١ — تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات » .
« ٢ — وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضاً إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعاً عليه من مرسلها ، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك » .

« ٣ — وإذا أعدم أصل البرقية ، فلا يعتد بالبرقية إلا لمجرد الاستثناس »^(١) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل هذا النص في التقنينات العربية الأخرى : في قانون البيئات السوري المادة ١٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٥٧ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المواد ١٦٢ — ١٦٦ ، وفي التقنين المدني للمملكة المتحدة الليبية المادة ٣٨٣^(٢) — ولا يوجد في التقنين المدني الفرنسي نص مقابل .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٣١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« ١ — تكون للرسائل قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات . ٢ — وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضاً إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعاً عليه من مرسلها . وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك » . وفي لجنة المراجعة أضيفت في الفقرة الأولى بعد عبارة « تكون للرسائل » عبارة « الموقع عليها » ، ليخرج من نطاق النص الرسائل غير الموقع عليها . ثم أضيفت فقرة ثالثة على الوجه الآتى : « وإذا أعدم أصل البرقية فلا يعتد بالبرقية إلا لمجرد الاستثناس » . وصارت المادة رقمها ٤٠٩ . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٩٦ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٦ — ص ٣٨٠) .

(٢) نصوص التقنينات العربية الأخرى : قانون البيئات السوري م ١٢ . ١ — تكون للرسائل قوة الأسناد العادية من حيث الإثبات ما لم يثبت موقعها أنه لم يرسلها ولم يكلف أحداً =

ونتكلم في قيمة الرسالة (lettre missive) في الإثبات ، ومتى يحتاج بها المرسل إليه ، ومتى يحتاج بها الغير ، ثم في قوة البرقية في الإثبات .

١٣٢ - قيمة الرسالة في الإثبات : تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : «لم يعرض تقنين من التقنيات^(١) للرسائل بوصفها ضرباً من ضروب الأدلة الكتابية ، وقد يلتمس للتقنين

= بإرسالها . ٢ - وتكون للبرقيات هذه القوة أيضاً إذا كان أصلها المودع في دائرة البريد موقفاً عليه من مرسلها . وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك . ٣ - يقبل من الذى أرسل كتاباً مضموناً وأثبت وصوله للمرسل إليه بوصل دائرة البريد أو بوصل من المرسل إليه إبراز النسخة المحفوظة لديه إذا رفض المرسل إليه إبراز الأصل . وتعد هذه النسخة صحيحة ما لم يثبت العكس .

التقنين المدنى العراقى م ٤٥٧ : تطابق نص التقنين المصرى مع تحوير لفظى طفيف .
تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ١٦٢ : ان الكتاب البريدى يصلح حجة على موقعه لمصلحة المرسل إليه ، ما لم يثبت الأول أنه لم يرسله ولم يكلف أحداً إرساله — م ١٦٣ : إذا لم يكن الكتاب سرياً حق للمرسل إليه أن يستعمله وأن يتنازل للغير عن هذا الحق . وفى المواد التجارية لا تكون الكتب سرية على الإطلاق — م ١٦٤ : فى المواد المدنية لا يجوز إبراز الكتاب السرى إلا باتفاق المرسل والمرسل إليه ، وإلا كان إبرازه عملاً غير مباح يستهدف فاعله للحكم ببدل العطل والضرر ، وعلاوة على ذلك فإن المحكمة لا تعتمد بأى كتاب بريدى يبرز لديها خلافاً للأصول . م ١٦٥ : إن مرسل الكتاب المضمون الذى يثبت وصوله بسند إيصال من دائرة البريد أو من المرسل إليه يقبل منه إبراز النسخة المحفوظة لديه إذا رفض المرسل إليه إبراز الأصل . وتعد هذه النسخة صحيحة ما لم يقيم البرهان على العكس — م ١٦٦ : من حصل ، طبقاً لأحكام المادة السابقة ، على حكم ملائم لمصلحته بناء على إبرازه نسخة كتاب ، ثم ظهر الأصل فيما بعد فأتضح منه أن هذه النسخة المزعومة غير صحيحة ، يحكم عليه بضعف قيمة الضرر الذى نتج عن عمله الاحتيالى .

التقنين المدنى للملكة المتحدة الليبية م ٣٨٣ : تطابق نص التقنين المصرى .
ويتبين من النصوص المتقدمة أنه فيما عدا نص المادة ١٦٦ من تقنين المحاكمات المدنية اللبنانى الذى يقضى بضعف قيمة التعويض عن العمل الاحتيالى الذى يتضمنه النص — وفى هذا ضرب من العقوبة لم ير قانون البيئات السورى أن يجارى فيه التقنين اللبنانى — لا تختلف أحكام القوانين المدنية العربية عن أحكام القانون المدنى المصرى ، إلا أن القانونين السورى واللبنانى أفاضوا فى تفصيلات يمكن للوصول إليها عن طريق تطبيق القواعد العامة .
(١) هذا يصدق على التقنيات الغربية . أما التقنيات العربية فقه رأيهاا تحتوى نصوماً تحدد قيمة الرسائل من حيث الإثبات .

الفرنسي بعض العذر في إغفالها إذا روعي أن التعامل بالرسائل كان في سنة ١٨٠٤ بالغ الندرة ... بيد أنه من المسلم أن التعامل بالرسائل أخذ يتزايد نصيبه من الأهمية ، حتى أصاب من سعة النطاق بسطة جديرة بالاعتبار . وليس شك في أن هذا الضرب من التعامل قد اضطرد بوجه خاص في المسائل التجارية ، لكن المتعاملين من التجار لم يستشعروا ضرورة لحكم تشريعي جديد نظراً لانتفاء قيود الإثبات في هذه المسائل . على أن التعامل بالرسائل شمل الروابط المدنية أيضاً ، ومن عجب أن يستشعر واضعو المشروع الفرنسي الإيطالي ضرورة تشبيه البرقية بالورقة العرفية في المادة ٤٨٤ دون أن يشيروا إلى الرسائل ^(١) .

وقد كان الفقه والقضاء في مصر ^(٢) ، في ظل التقنين السابق وبالرغم من انعدام النص ، يذهب إلى أن الرسالة متى وصلت إلى المرسل إليه صارت ملكه ، وله أن يستخدمها كدليل إثبات على حق يدعيه عند المرسل ، حتى لو تضمنت سراً فيخير المرسل بين أن يقدم الرسالة إلى القضاء بالرغم من احتوائها لهذا السر أو أن ييسر له المرسل الإثبات من طريق آخر غير الرسالة . وقد ترتفع السرية عن الرسالة بعد وجودها إذا نشرت وعرفها الجمهور ولو عن طريق دعوى جنائية انتهت بحكم بالبراءة ^(٣) . ثم إن ماورد في الرسالة إذا كان بخط المدين أو كان موقعاً عليه منه يعتبر مبدأً ثبوت بالكتابة أو دليلاً كاملاً ، على أن يترك ذلك إلى تقدير القاضي ، فإن الرسالة ليست في الأصل معدة للإثبات ، وما يدونه المرسل بها لا يلتزم فيه من الاحتياط ما يلتزمه في الورقة العرفية التي تعد مقدماً للإثبات ، فيجب أن يكون هذا محلاً للاعتبار ^(٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٧ .

(٢) انظر الموجز للمؤلف فقرة ٦٥١ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٥٥ — الأستاذ سليمان مرقص في أصول الإثبات فقرة ٨٨ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٦ — نقض مدني ١٢ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٤ رقم ١٣ ص ٢٨ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ١٨١ ص ٤٦٩ — ٢٧ يناير سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ رقم ١٩٦ ص ٤٩٦ — استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٤٠ .

(٣) أوبري ورو ١٢ ص ٢٩٣ — ص ٢٩٤ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٦٥ مكررة — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٤ — نقض فرنسي ١٩ يونية سنة ١٨٩٥ دالوز ٢٠-١-٩٦ .

(٤) وهذا هو أيضاً ما يذهب إليه الفقه الفرنسي ، فهو يعتبر ، دون نص على ذلك في (١٧ الوسيط — ج ٢)

أما التقنين الجديد فلم يترك الأمر إلى تقدير القاضي ، بل نص صراحة على أن «تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات» (١) . وكان التقنين الجديد جريئاً في إirاده لهذا النص ، فلم يسبقه إليه تقنين آخر كما تقول المذكرة الإيضاحية . وقد سلب القاضي حريته في التقدير ، فلم يعد هذا يستطيع ، إذا رأى أن المرسل لم يحط في رسالته ولم يقصد إلى أن ينتج جميع الآثار القانونية التي تترتب على ما كتبه في هذه الرسالة ، أن يرفع عن الرسالة حجيتها أو أن ينتقص من هذه الحجية كما كان يستطيع في ظل التقنين السابق . فتي كانت الرسالة موقعة من المرسل ، استوفت شرائط الورقة العرفية ، وصار

= التقنين المدنى الفرنسى ، أن الرسالة قد تكون ، تبعاً للظروف وحسب تقدير القاضي ، دليلاً كاملاً أو مبدأً ثبوت بالكتابة أو تكون لمجرد الاستئناس (أوبرى ورو ١٢ ص ٢٩٥ — ص ٢٩٦ — لارومبيير ٦ م ١٣٣١ فقرة ١٤ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٦٣ — هيك ٨ فقرة ٢٥٦) . ويذهب الأساتذة بلانيول وريبير وجابولد إلى أن الرسالة ليست طريقاً خاصاً للإثبات ، بل هى تخضع للقواعد العامة ، فإن كانت موقعة كانت لها حجية الورقة العرفية المعدة للإثبات ، وإن لم تكن موقعة ولكنها بخط المرسل كانت مبدأً ثبوت بالكتابة ، وإلا كانت لمجرد الاستئناس . ويقولون إنه يجب التمييز ما بين حجية الرسالة ومقدار ما شتمل عليه من المعلومات . فالرسالة لها الحجية الكاملة ، شأنها في ذلك شأن أية ورقة عرفية أخرى ، ولا تخضع في هذه الحجية لتقدير القاضي . أما مشتملات الرسالة الموقعة فهى التى تخضع لتقدير القاضي . فقد تكون وافية إلى حد يجعل الرسالة دليلاً كاملاً ، وقد تكون ناقصة إلى حد لا يجعل من الرسالة إلا مبدأً ثبوت بالكتابة ، وقد تكون مقتضبة إلى حد لا يجعل الرسالة صالحة إلا لمجرد الاستئناس (انظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٥ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٧٢ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٢٩ — ص ٣١٥ — انظر أيضاً الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٤٩) . ولكن مع القول بأن مشتملات الرسالة تخضع لتقدير القاضي ، فإنه يجب كذلك التسليم بأن حجية الرسالة ذاتها ، عند انعدام النص ، تخضع هى أيضاً لتقدير القاضي . فقد تكون الرسالة موقعة ، وتكون مشتملاتها وافية ، ومع ذلك يرى القاضي أن الظروف التى كتبت فيها الرسالة لا تسمح بإعطائها حجية كاملة ، وهو في ذلك لا يقدر مشتملات الرسالة إذ هى وافية كما قدمنا ، ولكنه يقدر الحجية ذاتها .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « وقد أقر القضاء والفقه ما تواضع عليه المتعاملون في هذا الشأن ، وأنشأ طائفة من القواعد استلهما فيها المبادئ المتعلقة بالأوراق العرفية ، رغم خلو التشريع من النص . وقد استندا في ذلك إلى : (أ) أن القانون لم يشترط شكلاً خاصاً في المحررات العرفية ، إلا ما استثنى منها بالنص . (ب) وأن الرسائل يتوافر فيها الشرطان الجوهريان اللذان تستمد منهما حجية الورقة العرفية وهما الخط والتوقيع . فن الأنسب ، والحال كذلك ، أن تدرج الرسائل بين طرق الإثبات بالكتابة ، =

لها حجيتها ، حتى لو كانت لم تستوف شرطاً جوهرياً هو أن تكون قد أعدت مقدماً للإثبات فإن هذا الإعداد السابق من شأنه أن يفرض على المرسل الاحتياط والتمعن . بالرغم من ذلك أصبحت الرسالة الموقعة في التقنين الجديد ، كما قدمنا ، بمنزلة الورقة العرفية المعدة للإثبات ، ولها قيمة الدليل الكامل . فهي حجة على المرسل من حيث صدورها منه ، إلا أن ينكر توقيعه أو خطه على النحو الذي قدمناه في الأوراق العرفية المعدة للإثبات . وهي أيضاً حجة على المرسل بصحة المدون فيها ، إلا أن يثبت العكس بالطرق المقررة ، وهو لا يستطيع أن يثبت ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة . وهي أخيراً حجة على المرسل من حيث قيام التصرف القانوني الذي تشهد به الرسالة ، على أن له أن يدفع هذا التصرف بجميع الدفعات الموضوعية والشكلية التي يسمح بها القانون (١) .

= وأن يعين مدى حجيتها ، وما ينبغي أن يتوافر فيها من الشرائط الشكلية ، نزولاً على مقتضى القواعد العامة من ناحية ، وتمشياً مع نية المتعاقدين من ناحية أخرى — ويجب ، فيما يتعلق بالشكل ، أن يجتمع في الرسالة الشرطان الجوهريان الواجب توافرها في الأوراق العرفية ، وهما الخط والتوقيع . وغنى عن البيان أن توافر هذين الشرطين يكفي من هذه الناحية دون حاجة إلى أي شرط آخر . أما فيما يتعلق بحجية الرسائل ، فنرى فريق من الفقهاء أنها تترك لتقدير القاضي ، لأن مضمون الرسالة لا يعدو أن يكون مبدأً ثبوت بالكتابة ، قد يعتبر من قبيل الإقرار في غير مجلس القضاء . بيد أن مذهب القضاء قد تطور في هذا الشأن ، فعمدت المحاكم إلى إقرار مبدأ التعاون في تحصيل الأدلة ، وأجازت للقاضي أن يأمر بتقديم الأدلة التي تثبت حيازة الخصوم لها وإعراضهم عن استعمالها ، إذا اقتضى ذلك حسب سير العدالة (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٦٦) . وقد أقيم المبدأ الذي تقدمت الإشارة إليه على ما ينبغي أن يسود التعامل من حسن النية في تحصيل الدليل . فإذا تم التعاقد بالمراسلة كان من واجب كل من المتعاقدين أن يقدم إلى القاضي ما يكون لديه من الأدلة الكتابية ، لأن الإثبات في هذه الحالة لا يتاح إلا بمقارنة الرسائل المتبادلة . وليس ثمة ما يدعو إلى الإشفاق من إقرار حجية الرسائل . فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تقديم الرسالة الموجهة إليه ، فللقاضي أن يلزمه بذلك . ثم إن اشتراط ازدواج النسخ الأصلية في بعض التقنيات يقصد منه إلى تحقيق المساواة بين طرفي التعاقد ، وهو غرض لا يفوت بدهة من جراء إقرار هذه الحجية . ويراعى أخيراً أن العمل جرى على الاحتفاظ بصور الرسائل ، ولا سيما أنها غالباً ما تكتب بالآلة الكاتبة متى كانت متعلقة بماملة من المعاملات ولو كانت مدنية بطبيعتها . وتفرعاً على ذلك عمد المشروع إلى إقرار حجية الرسائل والتسوية في الحكم بينها وبين سائر الأوراق العرفية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٧ - ص ٣٧٩) .

(١) وقد قدمنا (انظر فقرة ١٢٥) أن الرسالة يجب أن يكون تاريخها ثابتاً ليكون هذا =

والذى لا يزال يفرق في نظرنا بين الرسالة الموقعة والورقة العرفية المعدة للإثبات ، حتى في ظل التقنين الجديد ، هو أن القاضى عند تفسيره للعبارات الواردة في الرسالة الموقعة — إذا كانت هذه الرسالة لم تعد مقدماً للإثبات ويندر أن تعد لهذا الغرض في غير المسائل التجارية — لا بد أنه ملق بالآلى أن كاتب هذه العبارات لم يصطنع الحيلة المألوفة عند من يقصد أن يرتبط بعباراته ارتباطاً قانونياً ، فيفسر الرسالة بما يتلاءم مع الجوى الذى كتبت فيه .

أما إذا كانت الرسالة غير موقعة ولكنها مكتوبة بخط المرسل ، فهى تصلح مبدأً ثبوت بالكتابة كما كان الأمر في التقنين السابق . وصورة الرسالة لاحجية لها كصورة أية ورقة عرفية (١).

١٣٣ — متى يجوز للمرسل إليه أن يحتج بالرسالة : من حق المرسل

إليه أن يقدم الرسالة إلى القضاء ليستخلص منها دليلاً لصالحه ضد المرسل متى كانت له مصلحة مشروعة في ذلك (٢). فإذا تضمنت الرسالة اتفاقاً تم بينه وبين

= التاريخ حجة على الغير ، وأن هذا هو ما أجمع عليه الفقه في فرنسا . ورأينا أنه قد يحسن التمييز ما بين الرسالة التى أعدت مقدماً للإثبات ، وهذه لا يحتج بتاريخها على الغير إلا إذا كان ثابتاً ، وبين الرسالة التى لم تعد مقدماً للإثبات ، وهذه تكون ، كسائر الأوراق العرفية التى لم تعد مقدماً للإثبات ، حجة بتاريخها العرفى على الغير إلى أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ . ونبرز في هذه المناسبة مانص عليه قانون البينات السورى (م ١٢ فقرة ١) من أن الرسالة تكون لها قوة السند في الإثبات ما لم يثبت موقعها أنه لم يرسلها ولم يكلف أحداً بإرسالها (انظر أيضاً المادة ١٦٢ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى وقد سبق إيرادها) .

أما قيمة الرسالة المسجلة (lettre recommandée) في الإثبات ، فالظاهر أن هذه الرسالة تكون حجة بما تحتويه على من أرسلت إليه ، ولا يملك المرسل إليه الانتقاص من هذه الحجية برفضه تسلّم الرسالة . ويجوز للمرسل إثبات مشتملات الرسالة بالقرائن ، أيا كان السبب في ضياعها (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٧ — ص ٩٥٥ — ص ٩٥٦) . وقد رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ١٢ من قانون البينات السورى تنص على أن « يقبل من الذى أرسل كتاباً مضموناً وأثبت وصوله للمرسل إليه بوصول دائرة البريد أو بوصول من المرسل إليه إبراز النسخة المحفوظة لديه إذا رفض المرسل إليه إبراز الأصل . وتعد هذه النسخة صحيحة ما لم يثبت العكس (انظر أيضاً المادة ١٦٦ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى وقد تقدم ذكرها) .

(١) استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٦ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٣٠ .

(٢) بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٢٨ — ص ٣١٠ (وفى ص ٣٠٩ هامش رقم ١ يحدد هذان الفقهاء تحديداً دقيقاً نطاق المسألة التى نحن بصددتها) .

المرسل ، أو التزاماً تعهد به المرسل ، أو مخالصة ، أو إبراء ، أو إقراراً ، أو نحو ذلك ، كان للمرسل إليه مصلحة مشروعة في أن يقدم الرسالة دليلاً على ماتقدم . وكذلك إذا تضمنت الرسالة جريمة في حق المرسل إليه كتهديد أو احتيال أو قذف أو سب ، أو كانت دليلاً على جريمة هو مجنى عليه فيها كجريمة الزنا^(١) ، كان له أن يقدمها إلى القضاء دليلاً للإثبات .

على ألا يكون في كل هذا انتهاك لحرمة السرية . فإذا كانت هناك سرية تنتهك ، ولم ينبه المرسل إليه المرسل حتى ييسر له الإثبات من طريق آخر على النحو الذي سبق أن بيناه ، فلا يجوز للمرسل إليه أن يقدم الرسالة إلى القضاء ، وإن فعل جاز للمرسل أن يطلب استبعادها ، وله الرجوع على المرسل إليه بالتعويض^(٢) .

(١) وفي جريمة الزنا لا يتقيد الحق في تقديم الرسالة دليلاً على هذه الجريمة بأي قيد ، لا بإذن المرسل ، ولا بوجوب احترام سرية الرسالة ، ولا بوجوب الحصول على الرسالة بطريق مشروع . على أن عدم التقيد بشرط مشروعية الحصول على الرسالة محل خلاف في فرنسا ، والرأي الغالب هو وجوب التقيد بهذا الشرط . وقد قضت محكمة النقض المصرية ، في دعوى طلاق بين زوجين فرنسيين بسبب زنا الزوجة ، بوجوب أن تكون وسيلة الزوج في الحصول على الرسائل المثبتة لجريمة الزنا على الزوجة وسيلة مشروعة ، فلا يجوز أن يحصل على هذه الرسائل من طريق غير مشروع ، وهو السرقة ، بأن يكسر في غيبة الزوجة درجاً خاصاً بها توجد فيه هذه الرسائل . وما قالته محكمة النقض في أسباب حكمها ما يأتي : « ولما كان طرفا الدعوى فرنسيين ، والقانون الواجب التطبيق في هذا الخصوص هو القانون الفرنسي ، سواء فيما يتعلق بموضوع الدعوى أو الدليل المقبول فيها ، وكان ما قرره الحكم من قبول هذه الخطابات والمفكرات كدليل إثبات أياً كانت الوسيلة التي حصل بها الزوج عليها ، مع تمسك الزوجة بأن حصوله عليها كان بطريق السرقة ، هو تقرير غير صحيح انبنى عليه القضاء في الدعوى . وكان الواجب على المحكمة تمحيص دفاع الطاعنة لتقول ما إذا كانت وسيلة الزوج في الحصول على هذه المحررات مشروعة فتقبلها كدليل في الإثبات ، أم غير مشروعة فلا تقبلها » . (نقض مدني ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٠ ص ٣٤٩) . انظر في هذه المسألة الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٤٨ ص ١٦٥ - ص ١٦٦ وهامش رقم ١ من ص ١٦٦ . انظر أيضاً الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٦٥ . وفي القانون الفرنسي بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٦٧ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٢٨ ص ٣١١ - ص ٣١٢ .

(٢) انظر المادتين ١٦٣ و ١٦٤ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، وقد سبق إيرادهما (انظر فقرة ١٣١ في الهامش) . ويلاحظ أن المادة ١٦٤ من هذا التقنين نصت على أنه « في المواد المدنية ، لا يجوز إبراز الكتاب السري إلا باتفاق المرسل والمرسل إليه » . ونصت المادة ١٦٣ على أنه « في المواد التجارية لا تكون الكتب سرية على الإطلاق » .

وينتقل حق المرسل إليه في الرسالة كدليل إثبات إلى ورثته من بعده . فلهم استعمالها كخلف له في نفس الحدود التي يجوز فيها ذلك للمرسل إليه : لمصلحة مشروعة وبشرط عدم انتهاك حرمة السرية .

وهذه الأحكام إنما هي تطبيق للقواعد العامة ، وكان معمولاً بها في ظل التقنين السابق .

١٣٤ — متى يجوز للغير أنه ينتج بالرسالة : ولا يقتصر حق

الاحتجاج بالرسالة على المرسل إليه وورثته ، بل يمتد هذا الحق إلى الغير ، وهو كل شخص غير المرسل إليه وورثته تكون له مصلحة مشروعة في الاحتجاج بها . مثل ذلك أن تتضمن الرسالة إقراراً من المرسل يفيد الغير ، أو تتضمن اشتراطاً لمصلحة هذا الغير . ذلك أن حق الاحتجاج بالرسالة ليس مستمداً من أنها ملك للمرسل إليه ومن أنه في الاحتجاج بها إنما يستعمل ملكه ، ولكنه مستمد من أن الرسالة تنطوي على دليل إثبات ، فمن كان في حاجة إلى هذا الدليل لإثبات دعواه أمام القضاء جاز له أن يطلب تقديم الرسالة . ويتبين من ذلك أن حق الاحتجاج بالرسالة مستمد ، لا من حق الملك ، بل من الحق في الإثبات وهو الحق الذي رسمناه مداه فيما تقدم (١) .

وهو حق ضيق في التشريع المصري . فقد رأينا أن تقنين المرافعات الجديد (م ٢٥٣) يجيز للخصم — وهو هنا الغير — أن يطلب إلزام خصمه — وهو هنا المرسل إليه إذا كانت الدعوى قائمة بينه وبين الغير — بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى ، ومن ذلك الرسالة التي تتضمن دليلاً لمصلحة الغير ، إذا كانت الرسالة محررة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة أو استند إليها خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى . ويجب فوق ذلك ألا يكون في

(١) والفقه في فرنسا يميز بين حق ملكية الرسالة وحقوق أخرى تُنصب على الرسالة ولكنها لا تختلط بحق الملكية المادية ، وذلك كحق السرية في الرسالة (le droit secret) ، وحق تقديم الرسالة دليلاً للإثبات (le droit à la preuve) ، وحق الملكية المعنوية في الرسالة (propriété littéraire) ، وغير ذلك من الحقوق المتنوعة (انظر في هذه المسألة حتى : في الحقوق المتعلقة بالرسائل — تعليق بارتان على أوبري ورو ١٢ ص ٢٨٩ هامش رقم ٤ مكرر — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٤٦) .

تقديم الرسالة انتهاك لحرمة السرية، وإلا وجب أيضاً استئذان المرسل قبل تقديمها، هذا ما لم يكن المرسل نفسه هو الخصم الذي طلب تقديم الرسالة

وهذا كله لو كانت الرسالة في يد المرسل إليه كما هو الغالب . ولكنها قد تقع في يد الغير الذي له مصلحة مشروعة في الاحتجاج بها . فان وقعت في يده بطريقة غير مشروعة ، كأن كان قد أخذها خلسة أو احتيالا^(١) ، فلا يجوز له تقديمها بتاتاً ، وإذا قدمها وجب استبعادها . أما إذا وقعت في يده بطريقة مشروعة^(٢) ، فلا يجوز له كذلك تقديمها إلا باذن المرسل إليه مالك الرسالة ، ما لم يكن له فيها حق الإثبات في الأحوال التي قدمناها فيجوز له تقديمها بغير إذن المرسل إليه^(٣) . وفي جميع الأحوال لا يجوز تقديم الرسالة اذا كان في تقديمها انتهاك لحرمة السرية إلا بعد استئذان المرسل^(٤) . ولا تعتبر الرسالة سرية لمجرد أنها موجهة لشخص غير الذي يحتاج بها^(٥) ، بل السرية ترجع إلى موضوع الرسالة نفسه ، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ذلك^(٦) .

١٣٥ - قوة البرقية في الإثبات : والبرقية قوتها في الإثبات كقوة الرسالة الموقعة ، بشرط أن يكون أصل البرقية المودع في مكتب التصدير موقعا عليه

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٤ ص ٩٥٠ هامش رقم ٥ .
(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ولو فرض على نقيض ما تقدم أن رسالة وجهت إلى شخص ثالث ، وتمكن أحد الطرفين من تقديمها بعد الحصول عليها بطريق مشروع ليستخلص منها دليلا على ما يدعى قبل الطرف الآخر ، فحججة مثل هذه الرسالة تترك لتقدير القاضي ، وله أن يسترشد في شأنها بالأحكام الخاصة بما يصدر من الإقرارات في غير مجلس القضاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٩) . وتنصرف هذه العبارة إلى حججة الرسالة أى قيمتها في الإثبات ، لا إلى الحق في تقديمها إلى القضاء .

(٣) قارن أوبرى ورو ١٢ ص ٢٨٩ — ص ٢٩١ .

(٤) أوبرى ورو ١٢ ص ٢٩١ — ص ٢٩٢ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٤ ص ٩٤٩ — ص ٩٥٢ .

(٥) قارن أوبرى ورو ١٢ ص ٢٩٢ — ص ٢٩٣ .

(٦) بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٦٦ . والحق في السرية لا يستند إلى حق ملكية الرسالة ولا إلى اتفاق بين المرسل والمرسل إليه ولا إلى الحق في الإثبات ، وإنما يستند إلى الحرمة الشخصية . انظر في هذه المسألة تعليق بارتان على أوبرى ورو ١٢ ص ٢٩٢ هامش رقم ١٥ والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٤٦ . وانظر أيضاً بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٤ والموجز للمؤلف فقرة ٦٥٢ .

من المرسل . ذلك أن البرقية هي أصل وصورة . فالأصل يكتبه المرسل عادة بخطه ويوقعه ، وهو يحفظ في مكتب التصدير لمدة معينة هي ثلاثة أشهر من تاريخ صدور البرقيات الداخلية وعشرة شهور من الشهر التالى لصدور البرقيات الخارجية وخمسة عشر شهراً من الشهر التالى لصدور البرقيات اللاسلكية ^(١) . والصورة يكتبها عامل البرق الذى يتلقى البرقية فى مكان وصولها ، ويرسل بها إلى المرسل إليه . فلا يكون إذن فى حيازة المرسل إليه كدليل للإثبات إلا هذه الصورة . وهى فى ذاتها ، كصورة لورقة عرفية ، ليست لها قيمة فى الإثبات . وإنما تفترض مطابقتها للأصل مادام الأصل لا يزال موجوداً بمكتب التصدير . فإذا ادعى المرسل أن هذه المطابقة غير متوافرة ، فعليه أن يطلب من « مصلحة التلغرافات » تقديم الأصل ، وتضاهى عليه الصورة . فان تحقق التطابق ، كان للبرقية حجية الورقة العرفية : من حيث صحة صدورها من مرسلها إلى حد الإنكار ، ومن حيث صحة الوقائع الواردة بها الى حد اثبات العكس ، ومن حيث قيام التصرف القانونى الذى تشهد به مع جواز دفعه بجميع الدفعات الموضوعية والشكلية ، وكذلك من حيث جواز تمسك المرسل إليه وتمسك الغير بالبرقية على النحو الذى بسطناه فى الرسالة . ولكن هذه الحجية مستمدة ، لا من الصورة ، بل من الأصل الذى وجدت الصورة مطابقة له . ويعتبر تاريخ البرقية تاريخاً ثابتاً ، لأن خاتم المكتب الذى يختم به الأصل يحمل تاريخ الإرسال ويمكن التأكد من صحة التاريخ بالرجوع إلى دفتر معد لذلك ^(٢) . فإذا لم تكن الصورة مطابقة للأصل ، فالعبرة بالأصل الموقع من المرسل لا بالصورة التى يكون التحريف قد تسرب إليها من عامل البرق .

أما إذا كان الأصل الموقع عليه قد أعدم بعد انقضاء المدة المعينة ^(٣) ،

(١) انظر المادة ٧٦ من دليل التلغرافات .

(٢) وكذلك صورة البرقية ، فإنها تختم أيضاً فى مكتب جهة الوصول بختم مؤرخ (انظر فى هذه المسألة الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٣٧٥ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥٠ ص ١٧١) .

(٣) وإذا خشى المرسل إليه من إعدام الأصل قبل قيام النزاع المحتمل ، كان له أن يلجأ إلى دعوى تحقيق الخطوط الأصلية ، فيختصم مرسل البرقية ليقر بصدورها منه ، وفقاً للإجراءات التى قررها تقنين المرافعات وقد سبقت الإشارة إليها (انظر الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٧٣٣ — فقرة ٣٧٤ — عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ١٥٠ ص ١٧١) .

أو كان غير موجود بأن سرق أو احترق أو ضاع أو فقد لأى سبب آخر ، فلا عبرة بالصورة ، لأن الحجية إنما هي كما قدمنا مستمدة من الأصل . ولا تصلح الصورة في هذه الحالة إلا لمجرد الاستثناس ، وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثالثة من المادة ٣٩٦ وقد تقدم ذكرها . ولا تعتبر الصورة مبدأ ثبوت بالكتابة لأنها ليست بخط المرسل ، ولا يعتد بأنها صدرت من موظف عام لأنه ليس من شأنه أن يتحقق من شخصية مرسل البرقية ، ويقع كثيراً أن يكتب البرقية ويتولى إرسالها شخص غير صاحبها (١) .

بقيت حالة ما إذا كان الأصل غير موقع عليه من المرسل . وهذه تخضع للقواعد العامة ، إذ لم يرد نص خاص في شأنها . وتقضى القواعد العامة في هذه الحالة أن تكون العبرة بالأصل لا بالصورة كما قدمنا . فإذا لم يوجد الأصل غير الموقع ، فالصورة لا تصلح إلا لمجرد الاستثناس وفي كثير من الحذر لأن الأصل لم يقع عليه . وإذا وجد الأصل غير الموقع ، فهو أيضاً لا يكون دليلاً كاملاً لانعدام التوقيع ، ولكنه قد يكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان مكتوباً بخط المرسل (٢) .

(١) الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٣٤ هامش رقم ٥ .
(٢) قارن في كل هذا في الفقه الفرنسي بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٧٥ - فقرة ٢٤٧٧ -
بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٦ ص ٩٥٥ - هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في شأن البرقيات ما يأتى : «أما البرقيات ، وهى التى تكفلت الفقرة الثانية ببيان حكمها ، فهى تختلف عن الرسائل من حيث إيجاز المضمون وسرعة الإبلاغ . بيد أن ثمة farkاً آخر يتصل بكيفية الإبلاغ . فالمرسل إليه لا يتسلم أصل البرقية ، بل يتسلم صورة منها يتولى تحريرها موظف مصلحة التلغرافات فى المكتب المختص بتلقى مضمون الرسالة . ومن المسلم أن صور الأوراق العرفية لا تتوافر لها أى حجية فى الإثبات . بيد أنه رأى من الأنسب أن يفترض القانون مطابقة الصورة المسلمة إلى المرسل إليه لأصلها ، إذ ليس لموظف مكتب التلغراف المختص مصلحة فى تغيير مضمون هذا الأصل . وبهذا تنحصر احتمالات مغايرة الصورة للأصل ، بوجه عام ، فيما قد يقع من هذا الموظف من خطأ . ولهذا العلة أجزى لذى الشأن أن يقيم الدليل على اختلاف الصورة عن أصلها ، وهو أمر يسير يكفى فيه تقديم الأصل المحفوظ فى مكتب الإرسال . ولا يكون نصيب البرقية من الحجية معادلاً لنصيب الأوراق العرفية منها إلا بتوافر شرط جوهرى هو توقيع المرسل على الأصل . بيد أن تحويل مصلحة التلغرافات حق إعدام أصول البرقيات بعد انقضاء فترة قصيرة من الزمن يجعل حجية الرسائل البرقية أدنى إلى التوقيت وحظها من الاستقرار أقل مما يتوافر للرسائل البريدية . وقد سوى التقنين المراكشى (المواد ٤٢٨-٤٣٠) =

على أن الأحكام نفسها التي أوردتها التقنين الجديد في شأن البرقيات ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة، وقد كان معمولاً بها في ظل التقنين السابق دون نص^(١).

المبحث الثاني

دفاتر التجار

١٣٦ — **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٩٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجوز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبيئة » .

« ٢ — وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزىء ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضاً لدعواه »^(٢) .

= والمشرع الفرنسي الإيطالي (المادة ٢٤٨) بين البرقيات وبين سائر الأوراق العرفية من حيث الحجية» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٩ — ص ٣٨٠) .

(١) وقد جاء في الموجز للمؤلف (فقرة ٦٥١) شرحاً للقانون القديم ما يأتي : «ولا تعتبر البرقية دليلاً إلا إذا أمكن الرجوع إلى الأصل المكتوب بخط المدين أو الموقع عليه منه» . هذا وقد قضت محكمة الموسكى بأنه لا يجوز إعطاء صور التلغرافات للغير لأنها معتبرة من الأوراق الخصوصية التي قد تكون سرية (١٩ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١١٤ ص ١٦٤) .

أما إثبات التعاقد بالتليفون فتسرى عليه القواعد العامة (انظر في هذه المسألة الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٧٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٢٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر في التقنين الجديد مع عدم إيراد عبارة «وذلك فيما يجوز إثباته بالبيئة» الواردة في آخر الفقرة الأولى . وفي لجنة المراجعة أضيفت هذه العبارة حتى يقتصر حكم النص على ما يجوز إثباته بالبيئة : وأصبحت المسادة رقمها ٤١٠ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليها ، ثم لجنة الشيوخ بعد استبدال كلمة « المثبتة » بكلمة الواردة في الفقرة الأولى ، وأصبح رقم المادة ٣٩٧ . ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨١ و ص ٣٨٣ — ص ٣٨٤) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . ولكن التقنين التجاري اشتمل على نصوص طبقها القضاء واستخلص منها الأحكام التي تضمنتها المادة ٣٩٧ من التقنين المدني الجديد ، فيما عدا حكماً واحداً استحدثته هذه المادة وهو الحكم الخاص بالبيانات الواردة في دفاتر التاجر متعلقة بما ورد له لغير التاجر ، وقد نقل هذا الحكم عن المادة ١٣٢٩ من التقنين المدني الفرنسي .

ويقابل هذا النص في التقنينات العربية : في قانون البيانات السوري المواد ١٤ و ١٧ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٥٨ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المواد ١٧٠-١٧٢ ، وفي التقنين المدني للمملكة المتحدة الليبية المادة ٣٨٤^(١) ،

= وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي : « جمع المشروع في هذه المادة ما ورد من الأحكام في المادتين ٢٨٥ و ٢٨٦ من المشروع الفرنسي الإيطالي . ويراعى أن هذه الأحكام قد استقيت من المادتين ١٣٢٩ و ١٣٣٠ من التقنين الفرنسي ، والمادتين ١٣٢٨ و ١٣٢٩ من التقنين الإيطالي ، والمادة ١٣٢٨ من التقنين الإسباني ، والمادتين ٤٣٣ و ٤٣٨ من التقنين المراكشي . وقد نصت المادة ١٩١٩ من التقنين الهولندي على أن الدفاتر التجارية تكون حجة على غير التجار بكية ما تم توريده من البضائع ونوعها متى توافرت الشروط الثلاثة الآتية : (١) أن يكون التاجر قد اعتاد أن يبيع إلى غير التاجر نسيئة (٢) أن تكون الدفاتر محررة وفقاً لأحكام القانون (٣) أن يؤكد الدائن صحة دعواه بأداء يمين على ذلك . ويستخلص من هذه النصوص مع اختلافها في التعبير أن حجية الدفاتر التجارية ليست بمجرد مطلقه بأى وجه من الوجوه ، ويراعى أن هذه الحجية لا تثبت إلا للدفاتر التي يتعين على التاجر إمساكها وفقاً لأحكام المواد ١١ و ١٢ و ١٣ من تقنين التجارة المصري ، وهو دفتر اليومية ودفتر صور الخطابات (الكوبيا) ودفتر الجرد . وقد قصد من إلزام التاجر بإمساك هذه الدفاتر ، واشتراط ترقيمها وتأشير الموظفين المختصين على أوراقها ، إلى رعاية مصلحة المشتغلين بالتجارة ، والأصل جواز التمسك بدفاتر التاجر قبله ، باعتبار أنها من قبيل الأوراق غير الموقع عليها التي تصدر من جانب واحد ، وأن وجوب إمساكها روعيت فيه مصلحة التاجر نفسه . بيد أنه لا يجوز للتاجر أن يستند إلى هذه الدفاتر كدليل لإثبات الالتزام قبل من يتعاقد معه من غير التجار ، « إذ من الممتنع أن يصطنع الإنسان دليلاً لنفسه » (المادة ١٠٨ من التقنين السويسري) . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٢) .

(١) نصوص التقنينات العربية الأخرى : قانون البيانات السوري م ١٤ : دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار . إلا أن البيانات الواردة فيها عما ورد له التجار تصلح أساساً يجوز للمحكمة أن توجه اليمين المتممة لأى من الطرفين — م ١٥ : دفاتر التجار الإلزامية تكون حجة : ١ — على صاحبها سواء أكانت منتظمة أم لم تكن ، ولكن لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد ما كان مناقضاً لدعواه . ٢ — لصاحبها في المعاملات =

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادتين ١٣٢٩ و ١٣٣٠^(١).

المطلب الأول

الدفاتر التجارية

١٣٧ — مسأله : نبحث هنا : (أولاً) ما هي الدفاتر التجارية وكيف تنظم (ثانياً) متى يجوز للقاضي الأمر بتقديمها ومتى يجوز له الأمر بالاطلاع عليها.

= المختصة بتجارته ، إذا كانت منتظمة وكان الخلاف بينه وبين تاجر — م ١٦ : إذا تبينت القيود بين دفاتر منتظمة لتاجرين ، جاز للقاضي أن يقرر إما تهاثر البينتين المتعارضتين وإما الأخذ بأحدهما دون الأخرى على ما يظهر له من ظروف القضية — م ١٧ : يجوز للقاضي في الدعوى القائمة بين التاجر أن يقبل أو أن يرد البينة التي تستخلص من الدفاتر التجارية غير الإلزامية أو من الدفاتر الإلزامية غير المنتظمة ، وذلك على ما يظهر له من ظروف القضية — وهذه النصوص لا تختلف في أحكامها عن أحكام القانون المصري إلا في بعض تفصيلات تظهر في مواضعها ، على أن نصوص قانون البينات السوري أدق صياغة وأكثر تفصيلاً من نص التقنين المصري .

التقنين المدني العراقي م ٤٥٨ : ١ — دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار . غير أن البيانات الواردة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجوز للمحكمة أن توجه التمين المتممة لأي من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة . ٢ — أما قوة هذه الدفاتر فيما بين التجار فتتبع فيه أحكام قانون التجارة — وتطابق الفقرة الأولى من هذا النص النص المصري . وينظر في أحكام قانون التجارة العراقي فيما يتعلق بالفقرة الثانية .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٧٠ : أن الدفاتر التجارية الإلزامية تصلح حجة : (أولاً) على منظمها لمصلحة أي شخص سواء كانت منتظمة حسب الأصول أم لا ، ولكن الفريق الذي يدلي بها لا يحق له أن يستفيد منها إلا إذا قبل بجميع مندرجاتها . (ثانياً) بين التجار لمصلحة منظمها حسب الأصول في المعاملات المختصة بتجارته — م ١٧١ : إذا تبينت القيود في دفتر تاجر كان كلاهما منظماً حسب الأصول ، حق للقاضي أن يقرر ، حسب مقتضى الحال ، إما تهاثر البينتين المتعارضتين وإما الأخذ بواحدة دون الأخرى — م ١٧٢ : أن البينة التي تستمد في الدعاوى القائمة بين التجار من دفاتر تجارية غير إلزامية أو من دفاتر تجارية إلزامية منتظمة على خلاف الأصول يجوز للقاضي أن يقبلها أو أن يردّها حسب مقتضى الحال . وظاهر أن قانون البينات السوري قد استمد نصوصه من نصوص تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، فالقانون السوري والقانون اللبناني متطابقان في هذه المسألة ، فيما عدا المادة ١٤ من قانون البينات السوري فقد استمدت من الفقرة الأولى من المادة ٣٩٧ من التقنين المدني المصري ولا نظير لها في التقنين اللبناني .

التقنين المدني للمملكة المتحدة الليبية م ٣٨٤ : مطابقة للنص المصري .

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٢٩ : دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار في =

١٣٨ — ماهى الدفاتر التجارية وكيف تنظم : لانطيل فى بحث هذه

المسألة فهى من مسائل القانون التجارى . وبحسبنا هنا أن نذكر أن التقنين التجارى أوجب على التجار ، تنظيمًا لحساباتهم وتيسيراً عليهم فى الإثبات ، أن يمسكوا دفاتر معينة كانت ، بحسب المواد ١١—١٣ من التقنين التجارى التى ألغاهها القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ ، ما يأتى (١) :

(١) دفتر اليومية : (livre-journal) : كانت المادة ١١ من التقنين التجارى تنص على أنه « يجب على كل تاجر أن يكون له دفتر يومية يشتمل على بيان ما له وما عليه من الديون يوماً فيوماً ، وعلى بيان أعمال تجارته ، وبيان ما اشتراه أو باعه أو قبله أو أحاله من الأوراق التجارية ، وعلى بيان جميع ما قبضه وما دفعه . ويكون مشتملاً أيضاً على المبالغ المنصرفة على منزله شهراً فشهرًا إجمالاً بغير بيان لمفرداتها » .

ونرى من ذلك أن دفتر اليومية هذا يدون فيه التاجر كل العمليات التى يجرىها فى يومه ، دون تمييز بين ما هو متعلق بتجارته وما هو غير متعلق بها ، حتى الهبات والصدقات والتبرعات ، وحتى المبالغ المنصرفة على منزله وإن كان يذكرها إجمالاً شهراً فشهرًا . ولكن أهم ما يدون فى دفتر اليومية هو ما يتعلق

= البيانات الواردة فيها بشأن التوريدات ، وذلك فيما عدا ما سينص عليه فى المين — م ١٣٣٠ : دفاتر التجار حجة عليهم ، ولكن لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئها ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضاً لدعواه . وهذا هو النص فى أصله الفرنسى :

Art. 1329 : Les registres des marchands ne font point, contre les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, sauf ce qui sera dit à l'égard du serment.

Art. 1330 : Les livres de marchands font preuve contre eux; mais celui qui en veut tirer avantage ne peut les diviser en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention.

(١) رأينا أن نثبت نصوص المواد ١١ — ١٤ من التقنين التجارى بالرغم من أن القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ استبدل بها نصوصاً جديدة ، لأن الدفاتر التجارية التى نظمت فى ظل النصوص القديمة ستبقى إلى مدة طويلة تستخدم للإثبات ، وذلك لحداثة العهد بالتشريع الجديد . ومن ثم وجب استعراض النظام السابق فى إيجاز .

بأعمال التجارة ، فيدون التاجر ، يوماً فيوماً ، ما اشتراه أو باعه ، وما قبضه أو دفعه ، وما استجده من حقوق أو استحدثه من ديون ، وما قبله من الأوراق التجارية أو أحاله منها ، وكل بيان يتعلق بأى عمل تجارى آخر أجراه .

(٢) دفتر المراسلات (livre-copie des lettres) : وكانت المادة ١٢ من التقنين التجارى تنص على أنه « يجب على التاجر أن يقيد فى دفتر مخصوص صور ما يرسله من الخطابات المتعلقة بالأشغال ، وأن يجمع ما يرد إليه منها فى كل شهر ويضعه فى ملف على حدته » .

والأمر هنا مقصور على المراسلات المتعلقة بأعمال التجارة ؛ دون المراسلات المتعلقة بالشؤون الخاصة . فيقيد التاجر فى دفتر المراسلات صور جميع المراسلات التى أصدرها متعلقة بعمله التجارى ، سواء كانت خطابات أو برقيات أو قوائم (factures) أو تذاكر نقل (lettres de voiture) أو تذاكر شحن (connais-sements) أو غير ذلك . ويحتفظ بما يتلقاه من مراسلات ، أى بالأصول ذاتها ، جامعاً ما يرد إليه منها كل شهر فى ملف على حدة (en liasse) . وهذه المراسلات — ما أصدره وما تلقاه — قد تكون مصدراً لإثبات كثير من العقود والأعمال التجارية .

(٣) دفتر الجرد (livre des inventaires) : وكانت المادة ١٣ من التقنين التجارى تنص على أنه « يجب على كل تاجر أن يجرد كل سنة أمواله المنقولة والثابتة ، ويحصر ما له وما عليه من الديون ، ويقيد صورة قائمة الجرد المذكور فى دفتر يعد لذلك زيادة على الدفترين المذكورين فى المادتين السابقتين » .

فالجرد إذن هو حصر سنوى لأموال التاجر المنقولة والثابتة ، وكذلك حصر سنوى لما للتاجر وما عليه من الديون . وتقيد صورة من قائمة هذا الجرد فى دفتر الجرد (١) .

(١) هذه كانت هى الدفاتر التجارية الإلزامية طبقاً للتقنين التجارى . ويوجد إلى جانبها دفاتر اختيارية (facultatifs) أو إضافية (auxiliaires) درج كبار التجار على إمساكها . أهمها : (١) دفتر الأستاذ (Grand Livre) ، وترحل إليه العمليات المدونة فى دفتر اليومية منظمة ، لا بحسب تاريخ وقوعها كما هى الحال فى دفتر اليومية ، ولكن بحسب أسماء العملاء أو نوع العمليات . فيكون لكل عميل ، أو لكل نوع من العمليات . حساب مستقل له رصيده . =

وكانت المادة ١٤ من التقنين التجارى تنص على أنه « يجب أن تكون هذه الدفاتر خالية من كل فراغ أو بياض أو كتابة فى الحواشى ، عدا ما يترك من البياض فى الدفتر الذى تقيد فيه صور الخطابات بطريق الطبع . ويلزم قبل بدء الكتابة فى اليومية ودفتر الجرد أن تنمر كل صحيفة منهما ، وتوضع على كل ورقة بدون مصاريف علامة المأمور الذى تعينه المحكمة الابتدائية لذلك ، وفى آخر كل سنة يضع هذا المأمور أيضاً فى الدفترين المذكورين وفى دفتر صور الخطابات التأشير اللازم بحضور التاجر الذى يقدمها ، بدون أن يجوز للمأمور المذكور بأى وسيلة كانت الاطلاع على مضمون الدفاتر المقدمة له ولا حجزها عنده » . وقد قصد بتنمير الصفحات منع التاجر من اعدام بعض هذه الصفحات ، ومن وضع علامة (paraphe) المأمور - ويكون غالباً رئيس قلم الكتاب بالمحكمة - عليها منع التاجر من تحشير صفحات جدد إلا إذا زور علامة المأمور فيعاقب على جريمة التزوير ، ومن وضع التأشير فى نهاية الدفتر منع التاجر من إضافة صفحات جديدة إلا إذا عرض نفسه هنا أيضاً لعقوبة التزوير . وتنص المادة ١٥ من التقنين التجارى على أن « الدفاتر التى يجب على من يشتغل بالتجارة اتخاذها لانكون حجة أمام المحاكم ما لم تكن مستوفية للإجراءات السالف ذكرها » . فاذا استوفت الدفاتر التجارية هذه الإجراءات ، كانت منتظمة ، وكان لها من الحجية ما سندها فيما يلى . على أن الدفاتر غير المنتظمة ، وهى التى لم تستوف هذه الإجراءات كلها أو بعضها ، لا يزال لها بعض الحجية كما سنرى .

هذا وقد ألغى المشرع المصرى ، بمقتضى القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ المنشور فى الوقائع المصرية (العدد ٦٤ مكرر الصادر فى ٦ أغسطس سنة ١٩٥٣) ، المواد ١١-١٤ من التقنين التجارى وهى المواد التى تقدم ذكرها ، واستبدل بها نصوصاً جديدة تنظم دفاتر التجار تنظيمًا أدق وأكثر مساهمة للنظم الحديثة فى إدارة الأعمال . وقد أصبح بموجب هذا القانون الجديد واجباً على التاجر أن يمسك من الدفاتر التجارية العدد الذى تستلزمه طبيعة تجارته وأهميتها ، بحيث

= (ب) دفتر المشتريات والمبيعات (livre de magasin) ، لقيد السلع التى تدخل المخازن والتى تخرج منها و (ج) دفتر للخزانة (livre de caisse) ، لقيد المبالغ الداخلة والخارجة . (د) دفتر للأوراق التجارية (l'échéancier) ، لقيد مواعيد استحقاق هذه الأوراق .

لا يقل عدد هذه الدفاتر عن اثنين : (١) دفتر اليومية الأصلي وتقييد فيه جميع العمليات المالية التي يقوم بها التاجر وكذلك مسحوباته الشخصية . ويتم هذا القيد يوماً فيوماً . ويجوز استعمال دفاتر يومية مساعدة ، ويكتفى في هذه الحالة بتقييد إجمالى للعمليات في دفتر اليومية الأصلي في فترات منتظمة من واقع هذه الدفاتر . (٢) دفتر الجرد : وتقييد فيه تفاصيل البضاعة الموجودة في آخر السنة المالية ، أو بيان إجمالى عنها إذا كانت التفاصيل واردة بدفاتر وقوائم مستقلة . وعند ذلك تعتبر هذه الدفاتر والقوائم جزءاً متما للدفتر المذكور . ويحتفظ التاجر بصور من المراسلات والبرقيات التي يصدرها وبأصول ما يرد إليه منها ، ويقوم هذا مقام دفتر المراسلات . وقد استبقى قانون سنة ١٩٥٣ تنمير الصفحات وتوقيع الموثق الواقع في دائرة اختصاصه المحل التجارى (بدلا من رئيس قلم كتاب المحكمة) على كل ورقة (١) .

(١) وهذه هي أهم نصوص القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ :

م ١ : على كل تاجر أن يمسك الدفاتر التجارية التي تستلزمها طبيعة تجارته وأهميتها بطريقة تكفل بيان مركز المالى بالدقة وبيان ماله وما عليه من الديون المتعلقة بتجارته . ويجب أن يمسك على الأقل الدفترين الآتيين : (١) دفتر اليومية الأصلي (٢) دفتر الجرد . ويعفى من هذا الالتزام التجار الذين لا يزيد رأس مالم على ثلثائة جنيه .

م ٢ : تقييد في دفتر اليومية الأصلي جميع العمليات المالية التي يقوم بها التاجر وكذلك مسحوباته الشخصية ، ويتم هذا القيد يوماً بيوم وبالتفصيل . ويجوز للتاجر أن يستعمل دفاتر يومية مساعدة لإثبات تفاصيل الأنواع المختلفة من العمليات المالية — ويكتفى في هذه الحالة بتقييد إجمالى لهذه العمليات في دفتر اليومية الأصلي في فترات منتظمة من واقع هذه الدفاتر . فإذا لم يتبع هذا الإجراء وجب إخضاع هذه الدفاتر للأحكام الواردة في المادتين الخامسة والسادسة من هذا القانون .

م ٣ : تقييد في دفتر الجرد تفاصيل البضاعة الموجودة لدى التاجر في آخر سنته المالية أو بيان إجمالى عنها إذا كانت تفاصيلها واردة بدفاتر قوائم مستقلة . وفي هذه الحالة تعتبر تلك الدفاتر أو القوائم جزءاً متما للدفتر المذكور . كما تقييد بالدفتر صورة من الميزانية العامة للتاجر في كل سنة إذا لم تقييد في أى دفتر آخر .

م ٤ : على التاجر أن يحتفظ بصورة طبق الأصل من جميع المراسلات والبرقيات التي يرسلها لأعمال تجارته وكذلك جميع ما يرد إليه من مراسلات وبرقيات وفواتير وغيرها من المستندات التي تتصل بأعمال تجارته . ويكون الحفظ بطريقة منظمة تسهل معها مراجعة القيود الحسابية ، وتكفل عند اللزوم التحقق من الأرباح والخسائر .

م ٥ : يجب أن تكون الدفاتر المنصوص عليها في هذا القانون خالية من أى فراغ أو كتابة في الحواشى أو كشط أو تحشير فيما دون بها . ويتعين قبل استعمال دفترى اليومية والجرد أن تنمر كل صفحة من صفحتاهما وأن يوقع على كل ورقة فيهما الموثق الواقع في دائرة اختصاصه المحل =

فالقانون التجارى إذن ألزم التجار اتخاذ دفاتر منتظمة يسجلون فيها ما لهم من الحقوق وما عليهم من الديون ، ويقيدون جميع ما يرتبط بأعمالهم التجارية . وقد جعل لعدم انتظام هذه الدفاتر جزائين : جزاء مدنياً هو سلب هذه الدفاتر من كثير من قوتها فى الإثبات ، وجزاء جنائياً إذا أفلس التاجر ودفاتره غير منتظمة (١) .

١٣٩ - تقديم دفاتر التجار والاطلاع عليها : ولما كان من أهم أغراض دفاتر التجار هو أن تكون أدلة للإثبات ، فقد نص التقنين التجارى على وسيلتين لتحقيق هذا الغرض : أولاها تقديم هذه الدفاتر (représentation) والأخرى الاطلاع عليها (communication) (٢) .

أما التقديم ، فقد نصت عليه المادة ١٨ من التقنين التجارى على الوجه الآتى : « يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها فى أثناء الخصومة بتقديم الدفاتر لتستخرج منها ما يتعلق بهذه الخصومة » . وهذه الوسيلة جائزة فى جميع المنازعات التجارية والمدنية ، سواء كان الخصم الآخر تاجراً أو غير تاجر ، لإطلاق النص .

= التجارى . ويجب على التاجر أن يقدم إلى الموثق هذين الدفترين فى خلال شهرين من آخر كل سنة مالية للتأشير عليهما بما يفيد انتهاءها وذلك بحضور التاجر ودون حجز هذين الدفترين لدى الموثق . فإذا انتهت صفحات هذين الدفترين تعين على التاجر أن يقدمهما إلى الموثق للتأشير عليهما بما يفيد ذلك بعد آخر قيد . كما يتعين على التاجر وورثته فى حالة وقف نشاط المحل التجارى تقديم الدفترين المشار إليهما إلى الموثق للتأشير عليهما بما يفيد ذلك . ويكون التوقيع والتأشير فى الحالات المتقدمة بغير رسوم .

م ٦ : يعد فى كل مكتب توثيق وفروعه سجل يدون فيه الموثق ما قام به بالنسبة إلى كل دفتر من دفاتر التاجر من الإجراءات المنصوص عليها فى المادة الخامسة ، ويثبت فيه كذلك إقراراً من صاحب الشأن بأن هذه الدفاتر هى أول دفاتر له أو أن دفاتره السابقة قد أقيمت .

م ٧ : على التاجر وورثته الاحتفاظ بالدفاتر المنصوص عليها فى هذا القانون مدة عشر سنوات تبدأ من تاريخ إقفالها . ويجب عليهم كذلك حفظ المراسلات والمعتندات والصور المشار إليها فى المادة الرابعة مدة عشر سنوات .

م ٨ : كل مخالفة لأحكام هذا القانون أو القرارات الصادرة تنفيذاً له يعاقب مرتكبها بغرامة لا تقل عن عشرين جنيتها ولا تزيد على مائتى جنية .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٤٦ ص ٦٧٧ .

(٢) ويشمل ذلك الدفاتر الإلزامية والدفاتر الاختيارية .

وللمحكمة أن تلجأ إليها من تلقاء نفسها دون طلب من الخصوم . والغرض منها محدود : هو أن تطلع المحكمة — دون الخصوم — على دفاتر التاجر ، لا في جميع أجزائها ، بل في الجزء الذي وردت فيه البيانات المتعلقة بالخصومة . وقد تطلع المحكمة على هذا الجزء بنفسها ، أو بواسطة خبير تنديه لذلك وهو الغالب . ويقع اطلاع المحكمة أو الخبير على الدفاتر بحضور التاجر صاحبه وتحت رقابته . ويجوز للمحكمة ، إذا كانت الدفاتر التي أمرت بتقديمها في مكان بعيد ، أن تطلب من أقرب محكمة القيام بهذه المهمة (Commission rogatoire) فتقوم بها وتحرر تقريراً بذلك ترسله إلى المحكمة الأولى^(١) .

وأما الاطلاع ، فقد نصت عليه المادة ١٦ من التقنين التجارى على الوجه الآتى : « لا يجوز للمحكمة ، في غير المنازعات التجارية ، أن تأمر بالاطلاع على الدفاتر المتقدمة ذكرهما (اليومية والمراسلات) ولا على دفتر الجرد إلا في مواد الأموال المشاعة أو مواد التركات وقسمة الشركات وفي حالة الإفلاس . وفي هذه الأحوال يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بالاطلاع على تلك الدفاتر » . والاطلاع أوسع مدى من التقديم ، وأشد خطراً . إذ هو يتم بتقديم الدفاتر إلى الخصم أو إلى قلم الكتاب لتقديمها إلى الخصم ، فيستطيع هذا أن يطلع على جميع محتوياتها بما قد تشتمل عليه من أسرار . ولكنه أضيق نطاقاً : فانه إذا جاز للمحكمة أن تأمر بالاطلاع من تلقاء نفسها دون طلب من الخصم وهذه هي الحال في التقديم ، فانها لا تأمر بذلك إلا في المنازعات التجارية وفي بعض المنازعات المدنية . وينتقد فقهاء القانون التجارى إطلاق حرية المحكمة في الأمر بالاطلاع في جميع المنازعات التجارية ، لأن في الاطلاع إفشاء لسر التاجر ، وكان الواجب في نظرهم أن يلتزم المشرع المصرى نص المادة ١٤ من التقنين التجارى الفرنسى وهى لا تجيز الاطلاع إلا في مواد التركات والذم المشتركة الناشئة عن الزواج بمقتضى نظام اختلاط الأموال وقسمة الشركات والإفلاس^(٢) . ولكن لامناص من احترام النص الصريح ، وإجازة الأمر بالاطلاع : (أولاً) في جميع المنازعات التجارية . (ثانياً) في بعض المنازعات

(١) انظر في هذه المسألة : استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٢٦ .

(٢) انظر الأستاذ محسن شفيق في القانون التجارى المصرى الأسكندرية ١٩٤٩ ص ٩٠٠ —

المدنية ، وهذه هي : (١) مواد الأموال المشاعة . والنص الفرنسي لهذه العبارة هو : communauté أى نظام اختلاط الأموال ، وليس الشيوع (indivision). فإذا تزوج التاجر على مقتضى نظام اختلاط الأموال (régime de communauté) ، ودخل متجره فى الذمة المشتركة ، ثم انحلت رابطة الزوجية ووجبت تصفية هذه الذمة ، جاز للمحكمة أن تأمر باطلاع الخصم - الزوجة أو ورثتها أو الزوج أو ورثته - على الدفاتر التجارية ليقرر نصيبه من الذمة المشتركة^(١). - (٢) مواد التركات . فإذا توفى التاجر وقام نزاع بين ورثته على تقسيم التركة ، جاز للمحكمة إلزام الورثة الذين يحوزون دفاتر مورثهم التجارية باطلاع بقية الورثة عليها ، حتى يستطيع كل منهم أن يقدر نصيبه من التركة . وهذا الحق مقصور على الورثة والموصى لهم بحصة من التركة ، دون الموصى له بعين معينة أو الأجنبي. - (٣) قسمة الشركات . فإذا انحلت الشركة ، جاز للمحكمة أن تأمر باطلاع كل شريك على الدفاتر التجارية للشركة ليتبين مقدار نصيبه . وهذا الحق مقصور على الشركاء ، فلا يشمل دائئى الشركة . وقد نصت المادة ٥١٩ من التقنين المدنى الجديد ، بالنسبة إلى الشركات المدنية ، على أن «الشركاء غير المديرين ممنوعون من الإدارة ، ولكن يجوز لهم أن يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها ، وكل اتفاق على غير ذلك باطل » . ويسرى هذا النص على الشركاء المتضامنين والشركاء الموصين فى شركات التوصية البسيطة والشركاء عموماً فى شركات المحاصة ، أما الشركاء المساهمون سواء فى شركات المساهمة أو شركات التوصية بالأسهم فلا يجوز لهم طلب الاطلاع على دفاتر الشركة لكثرة عددهم ولتفادى تعطيل أعمال الشركة أو ذبوع أسرارها ، ومع ذلك يجوز للمحكمة استثناء أن تأمر باطلاع الشريك المساهم على دفاتر الشركة متى كانت له مصلحة جدية فى هذا الاطلاع^(٢) . ونصت المادة ٦٩١ من التقنين المدنى الجديد على أنه ١٨ . إذا نص العقد على أن يكون للعامل فوق الأجر المتفق عليه أو بدلا منه حق فى جزء من أرباح رب العمل ، أو فى نسبة مئوية من جملة الإيراد أو من مقدار الإنتاج أو من قيمة ما يتحقق من وفر أو ما شاكل ذلك ، وجب على رب العمل أن يقدم إلى العامل بعد كل

(١) ويرى بعض فقهاء القانون التجارى تعميم النص ليشمل جميع الأموال الشائعة (الأستاذ على الزينى فى القانون التجارى ١ فقرة ١٥٧ ص ١٧٧) .
(٢) الأستاذ محسن شفيق فى القانون التجارى المصرى ١ ص ٩٠٣ .

جرد بياناً بما يستحقه من ذلك . ٢ - ويجب على رب العمل فوق هذا أن يقدم إلى العامل ، أو إلى شخص موثوق به يعينه ذوو الشأن أو يعينه القاضي ، المعلومات الضرورية للتحقق من صحة هذا البيان ، وأن يأذن له في ذلك بالاطلاع على دفاتره . ومن ذلك نرى أن حق اطلاع الشركاء على دفاتر الشركة ثابت لهم في أحوال ثلاثة : إذا انحلت الشركة ، أو وهي قائمة للشركاء غير المديرين ، أو عند اشتراط أن يكون للعامل جزء من الأرباح أو الإيراد أو مقدار الإنتاج أو نحو ذلك . ٤ - حالة الإفلاس . فللسنديك الحق في الاطلاع على دفاتر المفلس حتى يتمكن من تأدية مهمته . ولا يجوز للدائن ، بصفته الفردية ، أن يطلب هذا الاطلاع ، إلا إذا عين مراقباً - هذا ويمكن الآن إضافة حالة خامسة ، إذ يجوز لمصلحة الضرائب الاطلاع على دفاتر المولين لتقدير الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية (قانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩) (١) .

وإذا أمرت المحكمة بتقديم الدفاتر أو بالاطلاع عليها ، وامتنع الخصم من تنفيذ أمر المحكمة ، فإن المادة ٢٥٧ من تقنين المرافعات الجديد تجيز للمحكمة أن تستخلص من هذا الامتناع معنى الاعتراف بالدين . وكذلك يجوز للمحكمة أن تجبر الخصم على التنفيذ بطريق التهديد المالي (astreintes) (٢) .

المطلب الثاني

قوة الدفاتر التجارية في الإثبات

١٤٠ - أهمية الدفاتر التجارية : لدفاتر التجار حجية في الإثبات حددها

(١) انظر في كل هذا : استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١١ - ٢ يونية سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٥ - ٩ يونية سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٧ - ٣٠ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٥٢ - أول مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٦٧ . هذا والمحكمة غير ملزمة بإجابة الخصم إذا طلب الأمر بالاطلاع على دفاتر خصمه أو بتقديمها إذا رأت أن هناك من الأدلة ما يغني عن هذه الدفاتر (الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥٥ ص ١٨٠ - قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٥ . وانظر حكم محكمة النقض الدائرة المدنية في ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٩ ص ١٨٣) .

(٢) الأستاذ محسن شفيق في القانون التجاري المصري ١ ص ٨٩٧ - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥٥ ص ١٨٠ .

القانون . وتتلخص هذه الحجية في مسألتين : (١) دفتر التاجر حجة عليه (٢) وقد يكون حجة له .

١٤١ — دفتر التاجر صحة عليه : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٩٧

من التقنين المدني تقضي بأن « تكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزىء ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضاً لدعواه » .

فالقاعدة الجوهرية في هذه المسألة إذن أن دفتر التاجر حجة عليه . ذلك أن هذا الدفتر هو بمثابة إقرار منه مكتوب . والتاجر إما أن يكون قد كتبه بخطه أو باملأته ، أو في القليل كتب الدفتر بأشرافه وتحت رقابته ، فهو صادر منه على كل حال . ومن ثم يكون هذا الدفتر حجة عليه ، سواء كان خصمه تاجراً أو غير تاجر ، وسواء كان النزاع تجارياً أو مدنياً . مثل أن يكون خصمه تاجراً في نزاع تجارى أن يرد في دفتر يومية التاجر أو في دفتر المراسلات بيان بأن تاجر جملة ورد له مقداراً معيناً من البضاعة بسعر معين ، فهذا البيان حجة على التاجر صاحب الدفتر لمصلحة تاجر الجملة ، وسنرى أن دفتر تاجر الجملة في مثل هذا النزاع قد يضاهي هو أيضاً على دفتر التاجر الأول . ومثل أن يكون الخصم تاجراً في نزاع مدني أن يرد في دفتر اليومية مثلاً بيان عن صفقة عقدها التاجر مع تاجر مثله وقبل فيها شراء عقار بثمان معين ، فهذا البيان يكون حجة على التاجر المشتري لمصلحة التاجر البائع ، والنزاع هنا مدني لأنه يتعلق بشراء عقار في غير عمل تجارى . ومثل أن يكون الخصم غير تاجر أن يرد في دفتر يومية التاجر مثلاً بيان بتوريد سلعة بثمان معين إلى عميل له غير تاجر ، فهذا البيان حجة على التاجر ، وليس حجة على العميل إلا إذا توافرت شروط معينة سيأتى ذكرها فيما يلي .

على أننا إذ نقرر أن دفتر التاجر حجة عليه على النحو الذى قدمناه ينبغي ألا نغفل أن في هذا خروجاً على القواعد العامة في الإثبات من ناحيتين : (١) أن دفتر التاجر ورقة عرفية غير موقعة من التاجر ، بل يغلب ألا تكون مكتوبة بخطه ، وقد يقع فيه من الأخطاء ما لا قبل للتاجر بمخالفاته . (٢) أن هذا

الدفتر هو في حوزة التاجر ، ويلزمه القانون كما رأينا أن يقدمه ليستخلص منه دليل ضده ، فهو إذن يجبر على أن يقدم دليلاً على نفسه . من أجل هذا روعي في هذا الدليل أمران :

(الأمر الأول) أنه جوازي للقاضي ، فله أن يأخذ به وله أن يطرحه .
والمادة ١٧ من التقنين التجاري ، وسيرد ذكرها ، صريحة في معنى الجواز^(١) .
والقاضي يأخذ بهذا الدليل إذا وقع في نفسه أنه ارتفع عن الشبهات ، كأن تكون الدفاتر منتظمة ، وأن يكون الدفتر الذي ورد فيه الدليل من الدفاتر الإلزامية التي تمكن مضاهاتها بنظائرها عند التاجر الآخر ، وأن يلمس القاضي العناية والدقة في إمساك الدفتر ، بل قد يكون البيان مكتوباً بخط التاجر نفسه . على أنه يجب ألا يفهم من ذلك أن الدفتر إذا كان اختيارياً^(٢) ولم يكن مكتوباً بخط التاجر لا يستخلص القاضي منه دليلاً ضده ، فإن هذا جائز ، وتقدير الأمر مرده إلى القاضي نفسه ومبلغ اقتناعه بقوة الدليل . بل إن الدفاتر قد لا تكون منتظمة ، وبالرغم من أن المادة ١٥ من التقنين التجاري تقضي بأن الدفاتر لا تكون حجة أمام المحاكم ما لم تكن مستوفية للإجراءات^(٣) ، فإن القاضي قد يقتنع بالبيان الوارد في الدفتر لأنه لا يشعر بأي افتعال بل يبعث على الاطمئنان ، فيأخذ بهذا الدليل^(٤) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الاستدلال على التاجر بدفاتره ليس حقاً مقررأً للحصم التاجر واجباً على المحكمة إنالته إياه متى طلبه ، بل إن الشأن فيه — بحسب نص المادة ١٧ من القانون التجاري — أنه أمر جوازي للمحكمة ، إن شاءت أجابته إليه ، وإن شاءت أطرحته . وكل أمر يجعل القانون فيه للقاضي خيار الأخذ والترك فلا حرج عليه إن مال لجانب دون الآخر من جانبي الخيار ، ولا يمكن الادعاء عليه في هذا بمخالفته للقانون (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٤ ص ٧٧٦) .

(٢) وقد سبق أن ذكرنا ما هي الدفاتر التجارية الاختيارية ، ومن أهمها دفتر الأستاذ ودفتر المشتريات والمبيعات ودفتر الخزانة ودفتر الأوراق التجارية .

(٣) انظر أيضاً المادة ١٧ من التقنين التجاري .

(٤) نقض مدني ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٧ ص ٥٨٨ — وقد رأينا أن المادة ١٧ من قانون البيئات السوري تنص على هذا الحكم صراحة في الدعاوى القائمة بين التجار ، فتقول : « يجوز للقاضي في الدعوى القائمة بين التجار أن يقبل أو أن يرد البينة التي تستخلص من الدفاتر التجارية غير الإلزامية أو من الدفاتر التجارية الإلزامية غير المنتظمة ، وذلك على ما يظهر له من ظروف القضية » . انظر أيضاً المادة ١٧٢ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني وقد تقدم ذكرها .

وكل ما يترتب على عدم انتظام الدفتر قانوناً هو أن القاضى يستطيع أن يجزىء الدليل . فإذا كان قد ورد فى دفتر غير منتظم أن التاجر استورد بضاعة معينة وقد دفع ثمنها ، فهذا البيان دليل ضده على أنه استورد البضاعة ، ولكن يجوز لمن ورد البضاعة أن يستبعد من هذا الدليل ما يتعلق بدفع الثمن ، فيكون بذلك قد أثبت من الدفتر نفسه أن البضاعة وردت ، وعلى التاجر صاحب الدفتر أن يثبت أن الثمن قد دفع . أما لو كان الدفتر منتظماً ، فقد قضت المادة ٣٩٧ من التقنين المدنى بأنه لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منه دليلاً لنفسه أن يجزىء ما ورد فيه ويستبعد ما كان مناقضاً لدعواه . ففى المثل المتقدم ، فى حالة انتظام الدفتر ، يجب على من ورد البضاعة أن يأخذ البيان الوارد فى الدفتر كاملاً ، فيكون هذا البيان دليلاً على توريد البضاعة وعلى دفع الثمن فى وقت واحد . فان أنكر مورد البضاعة أنه قبض الثمن ، فعليه هو — لا على التاجر صاحب الدفتر المنتظم — أن يثبت ذلك^(١) .

(والأمر الثانى) أن القاضى إذا رأى أن يأخذ بالدليل المستخلص من الدفتر ، فان لصاحب الدفتر ، ولو كان دفتره منتظماً ، أن يثبت عكس ما ورد فيه ، وذلك بجميع الطرق حتى بالبينة أو بالقرائن . ولا يعترض على هذا الحكم بأنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ، فان الوارد بالدفتر ليس دليلاً كاملاً لأنه ورقة عرفية غير موقعة كما قدمنا ، وإنما هو قرينة قابلة لإثبات العكس ، هذا إلى أنه إذا كان النزاع تجارياً فان جميع طرق الإثبات جائزة فيه^(٢) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٣
فقرة ٣ — ويجوز كذلك لمورد البضاعة أن يطرح البيان الوارد فى الدفتر بشقيه ، ويتولى إثبات نه ورد البضاعة بدليل من عنده . وحينئذ يكون على التاجر صاحب الدفتر إثبات أنه دفع الثمن .
هذا ويختلف قانون البينات السورى فى حكمه فى هذه المسألة . فقد رأينا أن المادة ١٥ من هذا القانون تقضى بأن دفاتر التجار الإلجبارية تكون حجة على صاحبها ، سواء أكانت منتظمة أم لم تكن ، ولكن لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزىء ما ورد فيها ويستبعد ما كان مناقضاً لدعواه (انظر أيضاً فى هذا المعنى المادة ١٧٠ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانية) . ويفهم من ذلك أن حكم عدم جواز تجزئة البيان الوارد فى الدفتر يشمل الحالتين ، حالة انتظام الدفتر وحالة عدم انتظامه . أما فى التقنين المصرى ، فقد رأينا أن عدم جواز التجزئة لا يكون إلا فى حالة انتظام الدفتر .

(٢) أوبرى ورو ١٢ ص ٢٦٢ .

١٤٢ - قد يكون دفتر التاجر حجة له : الأصل أن الشخص لا يجوز له

أن يصطنع دليلاً لنفسه ، حتى لو كان تاجراً ، وحتى لو كانت دفاتره منتظمة . فكل ما ورد في دفتر التاجر ، كقاعدة عامة ، لا يصلح أن يكون دليلاً له لأنه صادر منه . بل هو لا يكون مبدأً ثبوت بالكتابة لأنه غير صادر من خصمه . وإنما يكون دليلاً ضده هو على النحو الذى قدمناه . ومع ذلك فقد أباح القانون أن يكون دفتر التاجر حجة له استثناءً في حالتين اثنتين :

(الحالة الأولى) في الدعاوى التجارية ما بين تاجر وتاجر^(١) . وقد رأينا أن في هذه الدعاوى يكون دفتر التاجر حجة عليه ، لا فيها فحسب بل وفي الدعاوى التجارية ما بين تاجر وغير تاجر وفي الدعاوى المدنية إطلاقاً . فاذا وقفنا من هذه الأنواع الثلاثة عند الدعاوى التجارية ما بين تاجر وتاجر ، وقررنا أن دفتر التاجر يكون حجة عليه ، وجب أن نستكمل الحكم فنقرر أن دفتر التاجر - في الدعاوى التجارية ما بين تاجر وتاجر - كما يكون حجة عليه قد يكون حجة له . وتنص المادة ١٧ من التقنين التجارى فى هذا الصدد على ما يأتى : « ويجوز للقضاة قبول الدفاتر التجارية لأجل الإثبات فى دعاوى التجار المتعلقة بمواد تجارية إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانوناً » . ففى المثل الذى قدمناه إذا ورد فى دفتر يومية التاجر أو فى دفتر المراسلات مثلاً بيان بأن تاجر جملة ورد له مقداراً معيناً من البضاعة بسعر معين ، فهذا البيان كما قدمنا حجة على التاجر صاحب الدفتر لو كان هو الذى ينكر وقوع الصفقة أو لا يسلم بكمية البضاعة أو بمقدار الثمن . وقد يكون هذا البيان نفسه حجة له على تاجر الجملة لو أن هذا التاجر الأخير هو الذى ينكر شيئاً من ذلك . والأخذ بهذا الدليل على هذا النحو متروك لتقدير القاضى ، فان النص لا يوجب الأخذ به بل يقول : « يجوز للقضاة قبول الدفاتر التجارية » .

ومما ييسر على القاضى الأخذ بهذا الدليل حجة للتاجر أن الدعاوى تجارية

(١) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٨ - ١٧ يونية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤٠ - فإذا كان النزاع واقعاً بين تاجرين ولكنه متعلق بعمل مدنى ، كسراء التاجر أثناء منزله الخاص ، فلا يجوز اعتبار دفاتر أى من التاجر حجة له (أوبرى ورو ١٢ ص ٢٦٠ هامش رقم ٩ - الأستاذ محسن شفيق فى القانون التجارى المصرى ١ ص ٩١١) .

ما بين تاجر وتاجر ، فعند تاجر الجملة هو أيضاً دفاتر تجارية ورد فيها البيان الوارد في دفاتر التاجر الأول . فما على القاضي إلا أن يضاهي ما بين الدفاتر . فان تطابقت اطمأن إلى هذا التطابق في الأخذ بالدليل . وإن لم تتطابق ، فان كانت دفاتر أحد التاجرين منتظمة رجح أن يأخذ القاضي بها . ومع ذلك قد يأخذ بالدفاتر غير المنتظمة في هذا البيان بالذات ، ويرجحها على الدفاتر المنتظمة . وإن كانت دفاتر كل من التاجرين منتظمة أو غير منتظمة ، كان القاضي حراً في أن يأخذ بدفاتر هذا أو بدفاتر ذاك ، وقد لا يأخذ بهذه ولا بتلك ، ويتلمس الدليل من طريق آخر (١) .

ويلاحظ فيما قدمناه أمران : (١) أن القاضي قد يأخذ بدفتر غير منتظم لتاجر حجة له ، مع أن المادة ١٧ من التقنين التجارى تشترط لجواز قبول الدفاتر للإثبات أن تكون منتظمة . وقد قدمنا أن هذا الشرط لم يراع عند ما أخذ القاضي بالدفتر غير المنتظم حجة على التاجر ، فلا يراعى هنا أيضاً عند أخذه بالدفتر غير المنتظم حجة للتاجر متى رأى أن البيان يبعث على الاطمئنان ولا يشعر بأى افتعال ، فان كل هذه البيانات ليست إلا قرائن بسيطة لا تقيد القاضي في الأخذ بها . (٢) ولما كانت البيانات قرائن بسيطة ، فانه يجوز دائماً ، عند أخذ بيان في دفتر تاجر حجة له ، أن يثبت خصمه عكس هذا البيان بجميع الطرق ، حتى بالبيئة والقرائن لما قدمناه من الاعتبارات .

(الحالة الثانية) في دعوى التاجر على غير التاجر بالنسبة إلى البيانات الواردة في دفتر التاجر عما ورده لغير التاجر . وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٩٧ تقول في هذا الصدد ما يأتى : « دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يحيز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبيئة » .

(١) قارن أوبرى ورو ١٢ ص ٢٦١ . هذا وقد أورد قانون البيئة السورى نصاً في هذه المسألة يقرر هذا الحكم فيما يتعلق بالدفاتر المنتظمة لكل من التاجرين فنصت المادة ١٦ من هذا القانون — كما رأينا — على ما يأتى : « إذا تباينت القيود بين دفاتر منتظمة لتاجرين ، جاز للقاضي أن يقرر إما تهاثر البينتين المتعارضتين وإما الأخذ بإحدهما دون الأخرى على ما يظهر له من ظروف القضية » (انظر أيضاً في هذا المعنى المادة ١٧١ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، وقد تقدم ذكرها) .

فالأصل إذن ألا يكون دفتر التاجر حجة له ، لا على التاجر ، ولا على غير التاجر من باب أولى^(١) . على أنه كما جاز استثناء أن يكون دفتر التاجر حجة له على التاجر فيما قدمناه ، يجوز كذلك استثناء أن يكون دفتر التاجر حجة له على غير التاجر ولكن بشروط أشد ، إذ يجب توافر الشروط الآتية : (١) أن يكون محل الالتزام سلعة وردها التاجر لعميله غير التاجر ، كالحباز يورد الخبز « والبقال » يورد « خزين » المنزل^(٢) . (٢) أن يكون الالتزام مما يجوز إثباته بالبينة بالنسبة إلى العميل غير التاجر ، أى لا تتجاوز قيمته عشرة جنيهات . وهذا الشرط أضافته لجنة المراجعة ، فقد كان المشروع التمهيدى لا يشتمل عليه محتدياً في ذلك التقنين الفرنسى (م ١٣٢٩) . وقانون البينات السورى (م ١٤) لا يشتمل هو أيضاً على هذا الشرط . (٣) أن يكمل الدليل باليمين المتممة بوجهها القاضى إلى التاجر الذى يحتج بدفتره ، فلا تجوز التكملة هنا بالبينة أو بالقرائن^(٣) .

فاذا توافرت هذه الشروط ، فانه يبقى بعد ذلك أمران : (١) أن الأخذ بهذا الدليل جوازى للقاضى ، فله أن يأخذ به أو لا يأخذ ، كما هى الحال في سائر الأدلة التى تستخلص من دفاتر التجار . وهو لا يأخذ به غالباً إذا كان الدفتر غير منتظم . (٢) أن للقاضى أن يسمح لغير التاجر بنقض الدليل المستخلص ضده من دفتر التاجر ، ويكفى في هذا النقض البينة أو القرائن . بل إن للقاضى أن يستنبط من القرائن في نقض هذا الدليل ما يكتفى معه بتوجيه اليمين المتممة

(١) وهذا الأصل لا يتعلق بالنظام العام ، فيستطيع غير التاجر أن يقبل صراحة أو ضمناً (بعدم الاعتراض) الاحتجاج عليه بدفاتر التاجر (الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ١٧٨) .
 (٢) فلا يجوز أن يكون دفتر التاجر حجة له على غير التاجر في سداد قرض أو تنفيذ التزام غير توريد السلع (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٠ ص ٩٣٦) . كذلك لا يحتج بدفاتر التاجر على مصلحة الضرائب ، وللمحكمة ألا تتخذ دفاتر الممول أساساً لتقدير الضريبة عليه إذا لم تطمئن إلى صحة البيانات الواردة فيها بناء على أسباب سائغة ذكرتها (نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٧ ص ١٨١ — ١٦ ديسمبر ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٣ ص ٦٨٤) .

(٣) أوبرى ورو ١٢ ص ٢٥٨ هامش رقم ٤ — هذا ويذهب الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة (ص ١٧٧ — ص ١٧٨) إلى أن القاضى ، وهو في نصاب البينة ، يستطيع أن يتخذ دفتر التاجر دليلاً كاملاً باعتباره قرينة كافية لا تحتاج إلى يمين متممة . ونرى — أمام صراحة النص — أن القاضى إذا أخذ بدفتر التاجر لا بد أن يوجه إليه اليمين المتممة ، وإلا اطرح الدفتر وأخذ بالبينة أو بقرائن أخرى .

إلى غير التاجر لا إلى التاجر ، لتفنيده الدليل لا لتأييده^(١) .
ويلاحظ أن هذا الحكم وحده — دون سائر الأحكام التي قدمناها — هو
الذي استحدثه التقنين المدني الجديد ، نقلا عن التقنين المدني الفرنسي^(٢) .

المبحث الثالث

الدفاتر والأوراق المنزلية

١٤٣ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٣٩٨ من التقنين المدني
على ما يأتي :

« لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين
الآتيتين » :

« ١ — إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً » .

« ب — إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٣
فقرة ٢ .

(٢) فقد كانت حجة دفاتر التجار في ظل التقنين السابق على مقتضى الأحكام التي فصلناها ،
إلا هذا الحكم : استئناف أهلى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٧٧ — محكمة
استئناف مصر ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ١٠ ص ٢١ — استئناف مختلط
٢١ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٧٤ — ١٤ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤١٤ — ١١ ديسمبر
سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٨٣ — ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٨ — ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٣
م ٦ ص ٧٥ — ٥ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٨ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٤٢ —
٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٥٩ — ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٨ — ٩ أبريل
سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤١٤ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ — ٦ ديسمبر
سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٥٤ — ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٦ — ١٣ فبراير سنة ١٩٣٤
م ٤٦ ص ١٦٢ — ١٣ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩٦ — ١٤ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨
ص ٧٤ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٥٧ .

ومن ثم تكون العبرة في سريان هذا الحكم الجديد بتاريخ ورود البيان في الدفتر . فإن كان
تاريخه قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت أحكام التقنين السابق ولا يكون البيان حجة
للتاجر ، وإلا سرت أحكام التقنين الجديد وكان البيان حجة للتاجر بالشروط التي بسطناها .

لسند لن أثبتت حقاً لمصلحته^(١) . ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البيئات السوري
المادة ١٨ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٥٩ ، وفي تقنين أصول المحاكمات
المدنية اللبناني المادة ١٦٩ ، وفي التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة
المادة ٣٨٥^(٢) . ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٣١^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٣٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
« ١ — لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة لمن صدرت منه . ٢ — ولكنها تكون حجة
عليه : (١) إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً (ب) إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في
هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت الأوراق حقاً لمصلحته » . وفي لجنة المراجعة حذفت
الفقرة الأولى لأنها مجرد تقرير للقواعد العامة ، وعدل النص على الوجه الذى استقر في التقنين
الجديد تحت رقم المادة ٤١١ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس
الشيوخ تحت رقم المادة ٣٩٨ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٥-٣٨٧)
(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البيئات السوري م ١٨ : « ١ — لا تكون
الدفاتر والأوراق المنزلية حجة لمن صدرت عنه . ٢ — ولكنها تكون حجة عليه : (١) إذا
ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً (ب) إذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق
أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته » . (وهذا النص يطابق نص المشروع التمهيدى
للتقنين المدني المصرى السابق ذكره) .

التقنين المدني العراقى م ٤٥٩ : يطابق نص التقنين المدني المصرى .
تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانية م ١٦٩ : « أن السجلات والأوراق العيلية تصلح حجة
على منشئها وعلى خلفائه العموميين : ١ — عندما تفيد حصول إيفاء ما ٢ — عندما تثبت
ديناً للغير » .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٣٨٥ : يطابق نص التقنين المدني المصرى .
ويتبين من النصوص المتقدمة أنه لا يوجد خلاف في هذه المسألة بين أحكام التقنين المدني
المصرى وأحكام التقنينات المدنية العربية الأخرى .

(٣) التقنين المدني الفرنسى م ١٣٣١ : « لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة لمن
كتبها . ولكنها تكون حجة عليه : (١) في جميع الأحوال التى تذكر فيها صراحة استيفاء دين .
(٢) إذا ذكرت صراحة أنه قصد بما دون فيها أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته » .

وهذا هو النص في أصله الفرنسى : Art. 1331 : Les registres et papiers domes-
tiques ne font point un titre pour celui qui les a écrits. Ils font foi contre
lui : 1° dans tous les cas où ils énoncent formellement un paiement
reçu; 2° lorsqu'ils contiennent la mention expresse que la note a été faite
pour suppléer le défaut du titre en faveur de celui au profit duquel ils
énoncent une obligation.

ويتبين من هذه النصوص أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون بوجه عام حجة لصاحبها . ولكنها قد تكون حجة عليه . فعندنا مسائل ثلاث : (١) ما هي الدفاتر والأوراق المنزلية (٢) الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة لصاحبها (٣) الدفاتر والأوراق المنزلية قد تكون حجة على صاحبها .

١٤٤ — ما هي الدفاتر والأوراق المنزلية : الدفاتر والأوراق المنزلية

تشمل ما ألف الناس تدوينه في مذكرات خاصة عن شؤونهم المالية والمنزلية : ما قبضوه أو دفعوه من مال ، وما أنفقوا على معيشتهم ، وما قاموا به من ضروب التعامل ، وما ارتبطوا به من التزامات ، وما لهم من حقوق عند غيرهم وما عليهم من ديون ، وما ينوون القيام به من أعمال ومشروعات .

وليس لهذه الدفاتر والأوراق المنزلية شكل خاص أو أغراض معينة أو أسماء معروفة كما رأينا ذلك في دفاتر التجار . ولا يلتزم أحد بتدوين هذه الدفاتر والأوراق أو بحفظها كما يلتزم التجار بامساك الدفاتر التجارية على النحو الذى بيناه .

فتارة تكون الأوراق المنزلية دفاتر كاملة منظمة كدفاتر الحساب ، وهذه تبعث عادة على الاطمئنان عند تقدير قوتها في الإثبات . وطوراً تكون في صورة «أجندات» ويوميات . وأخرى تكون في صورة مذكرات بعضها يكتب في دفاتر وبعضها في أوراق متشورة . وهذه الدفاتر والأوراق قد تكون موقعة من صاحبها ، والغالب ألا تكون موقعة . والأصل أن صاحبها يكتبها بخطه ، ولكن قد يعهد في كتابتها إلى أمين سر خاص أو إلى كاتب في خدمته . وقد تكتب بالمداد أو بالرحصاص أو بالآلة الكاتبة . والبارز في شأنها أنها دفاتر وأوراق خاصة كتبها صاحبها ، دون أن يتقيد بشكل معين ، محتفظاً بها للرجوع إليها عند الاقتضاء^(١) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في شأن النص الذى نحن بصدده ما يأتى : « صاغ المشروع هذه المادة على مثال المادة ١٣٣١ من التقنين الفرنسى والمادة ١٣٣٠ من التقنين الإيطالى والمادة ٢٤٣٩ من التقنين البرتغالى والمادة ١٢٢٨ من التقنين الأسبانى والمادة ٤٣٨ من التقنين المراكشى والمادة ١٩١٨ من التقنين الهولندى والمادة ٢٨٧ من المشروع الفرنسى الإيطالى . وليس يقتصر نطاقها على الدفاتر ، بل يتناول كذلك الأوراق المنزلية ، أى المحررات الخاصة المتعلقة بغير التجار ، كدفاتر الحساب والأجندات والمذكرات » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٥) .

١٤٥ — الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة لصاحبها : والأصل

أن أحداً لا يستطيع أن يصطنع دليلاً لنفسه . ومن ثم لا تكون هذه الدفاتر والأوراق المنزلية حجة لصاحبها ، إذ هي صادرة منه . بل هي لا تكون مبدأً ثبوت بالكتابة لمصلحته ، لأنها غير صادرة من خصمه . فإذا قدم الدائن دليلاً على حقه دفترًا منزلياً أثبت فيه هذا الحق ، أو قدم المدين دليلاً على براءة ذمته من الدين ورقة منزلية أثبت فيها أنه وفى به ، فلا يجوز أن يؤخذ هذا دليلاً لاعتراض وجود الحق ولا على براءة الذمة ، بل لا يجوز اعتباره مبدأً ثبوت بالكتابة كما قدمنا (١) . ويترتب على ذلك أن المدين إذا دفع بتقادم الدين ، فلا يجوز لدائنه أن يتمسك بانقطاع التقادم بحجة أنه أثبت فى أوراقه المنزلية أن المدين كان يقوم بدفع أقساط الدين أو بدفع فوائده مما يعد اعترافاً بالدين قاطعاً للتقادم (٢) .

على أنه قد يقع أن يكون ما دون فى الأوراق المنزلية قرينة قضائية على صحة ادعاء الدائن ، كما لو كان طبيباً واعتاد أن يدون فى مذكراته الخاصة على نحو منظم ما يقوم به من زيارات للمرضى ، ولو فيما يجاوز نصاب البيئة لقيام المانع الأدبى . ولا تعدو القرينة هنا أن تكون قرينة قضائية يؤخذ بها أو لا يؤخذ ، وهى على كل حال قابلة لإثبات العكس (٣) . ثم إنه يجوز أن يقبل الخصم الاحتكام

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ولا يلزم آحاد الناس ، عرفاً أو قانوناً ، بتدوين حساباتهم فى دفاتر أو أوراق ، على نقيض ما تقدم بشأن التجار . وبديهي أن انتفاء هذا الإلزام لا يتيح بوجه من الوجوه اعتبار هذه الأوراق وتلك الدفاتر طريقاً من طرق الإثبات . بل ولا يتيح الاستعانة بها بوصفها مبدأً ثبوت بالكتابة لصالح من حررها . ولذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٣٥ من المشروع (وقد رأينا أنها حذفت فى المشروع النهائى لأنها مجرد ترديد للقواعد العامة) على أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة لمن صدرت منه » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٥ — ص ٣٨٦) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن من يدعى براءة الذمة فعليه إقامة دليلها . والإنسان لا يستطيع أن يتخذ من عمل نفسه دليلاً لنفسه يحتاج به على الغير . فدقتر الناظر المثبت لحساب الوقف ومقدار ما يستحقه كل من المستحقين لا يعتبر دليلاً لورثته على المستحقين بقبضهم قيم استحقاقهم ما دام لا توقيع لهم على هذا الدفتر يثبت هذا القبض (نقض مدنى ٢٠ يولية سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٠ ص ٨٨٣) — انظر أيضاً أوبرى ورو ١٢ ص ٢٦٨ — ص ٢٦٩ .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٦٤٩ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥٨ ص ١٨٤ — محكمة مصر المختلطة ٢٣ نوفمبر سنة ١٩١٤ جازيت ٥ رقم ١٤ ص ٢٩ — كذلك قد يجد القاضى =

برضاه إلى ما دون في مذكرات خصمه وأوراقه المنزلية ، فإذا كانت هذه المذكرات والأوراق قد دونت بقدر كاف من العناية والدقة جاز أن تكون دليلاً لصاحبها^(١) .

وليس في كل ما قدمناه إلا تطبيق للقواعد العامة لاحتاجة فيه إلى نص . ولم يشتمل التقنين القديم ولا التقنين الجديد^(٢) على نص في ذلك . فالأحكام في هذه المسألة واحدة في ظل التقنينين .

١٤٦ — الدفاتر والأوراق المنزلية قد تكون حجة على صاحبها :

أما أن تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على صاحبها ، فهذا جائز من ناحيتين : ناحية تطبيق القواعد العامة وناحية وجود نص خاص يقضى بذلك . ولكن قد نتساءل — قبل الدخول في هذه التفاصيل — كيف يتأتى أن يبرز الشخص دفاتر وأوراقاً منزلية تكون حجة عليه ، وهو لا يجبر أن يقدم دليلاً على نفسه ؟ يحدث ذلك ، بحكم القانون ، في الحالات التي يجوز فيها للخصم إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده . ويتحقق هذا في حالة ما إذا كانت الأوراق المنزلية مشتركة بين الخصمين كما هو الأمر في الشركات والشركات ، وفي حالة ما إذا كان الخصم قد استند إليها في أية مرحلة

في البيانات التي تحتويها الدفاتر والأوراق المنزلية سبيلاً من سبل الاستثناس المتعددة التي لا تقيد القاضي في شيء . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ومع ذلك فليس ثمة ما يحول دون اعتداد القاضي بالدفاتر والأوراق التي تقدمت الإشارة إليها ، باعتبارها قرائن تضاف إلى وثائق أخرى أو عناصر أدلة سبق تقديمها ، وفقاً للقواعد العامة بشأن الإثبات بالقرائن . وقد عرضت الفقرة الثالثة من المادة ١٩١٨ من التقنين الهولندى لهذا الوضع بالتحديد ، فقضت بأن للقاضي فيما عدا ذلك من الأحوال أن يحكم بما يقضى به القانون . ولم ير وجه لإيراد نص مماثل ، لأنه لا يبدو أن يكون مجرد تطبيق للقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٦) .

(١) أوبري ورو ١٢ ص ٢٦٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٢ ص ٩٤١ — استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٤١ . ويجوز كذلك أن تكون حجة لصاحبها في المسائل التجارية وفي كل ما يمكن إثباته بالقرائن القضائية إذا رأى فيها القاضي قرائن مقنعة (بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٣٧ ص ٣٢٣ — ص ٣٢٤) .

(٢) وقد قدمنا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على نص حذف في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه . وقد اشتمل التقنين الفرنسى (م ١٣٣١ الفقرة الأولى) على نص تقدم ذكره .

من مراحل الدعوى (م ٢٥٣ من تقنين المرافعات) . ويحدث ذلك أيضاً ، بحكم الواقع ، في محضر حصر التركة ، إذ يدون في المحضر عادة ما ورد من بيانات في دفاتر المورث وأوراقه المنزلية عما له من حقوق وما عليه من ديون وعن بعض التفاصيل التي تتعلق بتركته . وفي غير ذلك لا يجوز إلزام الشخص بتقديم دفاتره وأوراقه المنزلية أو الأمر بالاطلاع عليها ، كما جاز في دفاتر التجار على ما رأينا^(١) .

فاذا تقدمت الأوراق المنزلية إلى القضاء عن طريق من الطرق المتقدمة ، فإن القواعد العامة تقضى بأن ما ورد فيها من البيانات قد يعتبر مبدأً ثبوت بالكتابة ضد صاحبها إن كانت قد كتبت بخطه . وقد يعتبرها القضاء دليلاً كاملاً إذا كانت تحمل توقيع صاحبها وكانت لا تدع مجالاً للشك في صحتها . فالأمر متروك لتقدير القضاء ، إذ قد لا يطمئن القاضي إلى حجية ورقة منزلية لم تعد للإثبات وقد وقعها صاحبها على عجل أو عن خطأ أو قبل أن يتم الأمر الذي ورد البيان في شأنه^(٢) . وفي كل هذا لا فرق ما بين التقنين الجديد والقديم^(٣) .

ولكن التقنين الجديد استحدث - فوق ما تقدم ذكره - نصاً يقضى بأن الدفاتر والأوراق المنزلية تكون حجة على من صدرت منه في حالتين : (١) إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً (٢) وإذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه

(١) أوبري ورو ١٢ ص ٢٧٢ - ص ٢٧٣ والهامش رقم ١٦ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤٣ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يمكن إجبار ديوان الأوقاف على تقديم دفاتره لكي يثبت المستأجر بمقتضاها أنه قد دفع الأجرة (١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٤) ، وكذلك الأمر بالنسبة إلى الدوائر الزراعية (٢٥ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣١٠) ، وبالنسبة إلى دفاتر ناظر الوقف فلا يجبر على تقديمها ليثبت المستأجر من الوقف أنه وفي بالأجرة (١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٨٣) . وقضت محكمة مصر الكلية الأهلية في دائرتها الاستئنافية بأن الأوراق الخصوصية أو المنزلية هي ملك لصاحبها ، فلا يجوز إجباره على تقديمها والحكم عليه بذلك . وتدخل في عداد الأوراق الخصوصية دفاتر كل مصلحة من المصالح حتى العمومية منها إذا كانت متعلقة بحسابها الخاص من مصرف وإيراد والتي تسجل فيها أعمالها الخصوصية بصفتها شخصاً أدبياً ، وكذلك ما يكون بينها وبين فروعها من المخابرات والرسائل (٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ١٥٩)

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٦٥٠ .

(٣) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٢ .

في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته^(١).
والجديد في هذا النص أنه ليس من الضروري أن تكون الأوراق في هاتين
الحالتين تحمل توقيع صاحبها ، وإلا جاز أن يكون ذلك دليلاً كاملاً بالتطبيق
للقواعد العامة من غير حاجة إلى نص خاص . بل ليس من الضروري أن تكون
هذه الأوراق مكتوبة بخط صاحبها ، ويمكن أن تكون مكتوبة بخط أمين سره
أو كاتب عنده أو مدير لأعماله ، بل قد تكون مكتوبة بخط المدين الذي كتب
البيان لصالحه إذا كان قد فعل ذلك تحت بصر الدائن وبموافقته . وبالرغم من أن
الأوراق غير موقعة ولا مكتوبة بخط صاحبها ، فهي تصلح مع ذلك أن تكون
دليلاً كاملاً ضده باستيفاء الدين أو بالمديونية . وهذا هو وجه الاستثناء من القواعد
العامة ، ومن ثم قامت الحاجة إلى نص خاص ينشئ هذا الحكم .

ولا بد في تطبيق هذا الاستثناء من أن يذكر صاحب الأوراق صراحة أنه
استوفى الدين إذا كان دائناً ، أو أنه قصد أن يعترف بدين عليه لا يوجد به سند
في يد الدائن وأن تقوم الأوراق مقام هذا السند غير الموجود إذا كان مديناً .
ولا يكفي أن يفهم ذلك ضمناً من البيان الذي يكتبه ولو كان موقعاً منه^(٢) .
وإذا ذكر صراحة أنه استوفى الدين ، ثم محو ما كتبه أو شطبه بحيث أصبح غير
مقروء ، فإن حجية البيان تزول . أما إذا بقي البيان المشطوب مقروءاً ، فإنه
يستمر حافظاً لحجيته . وهذا بخلاف البيان الذي يذكر فيه صاحبه صراحة أنه
يعترف بدين عليه وقد قصد أن تقوم الأوراق مقام السند ، فإن محو هذا البيان
أو شطبه يزيل حجيته ، سواء أصبح البيان غير مقروء أو بقي مقروءاً . والفرق
بين الحالتين أن الاعتراف بالدين أمر ذو خطر ، فأى محو أو شطب يلحقه يكفي
لإزالة حجيته حتى لو بقي مقروءاً بعد المحو أو الشطب^(٣) . وإذا كان البيان

(١) انظر المادة ١٣٣١ من التقنين المدني الفرنسي ، التي تقدم ذكرها ، ونص التقنين
المصري مأخوذ منها — ويلاحظ أن الدائن إذا كتب مخالصة ، ولكن استبقاها عنده ، فلا يكون
لها دلالة الورقة المنزلية الخاصة التي يذكر فيها أنه استوفى الدين ، إذ استبقاؤه للمخالصة مع أنها
أعدت لتسليمها للمدين قرينة على أن الوفاء لم يتم (الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات
فقرة ١٥٩ ص ١٨٥) .

(٢) والأعمال التحضيرية للتقنين الفرنسي صريحة في هذا المعنى (بودرى وبارد ؛
فقرة ٢٤٤٠) .

(٣) أوبري ورو ١٢ ص ٢٧٠ — ص ٢٧١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٢
ص ٩٤٢ .

المكتوب تتعارض أجزاءه وينقض بعضها بعضاً ، كان على القاضي أن يفسره بما يزيل هذا التعارض^(١) . ولا يجوز تجزئة البيان والأخذ بجزء منه دون جزء ، فإذا جاء في البيان أن الدائن قد استوفى الدين مقاصة فلا يجوز أن يتمسك المدين بأن الدين قد استوفى نقداً ، بل يجب أن يستبعد البيان بحملته ويتقدم لإثبات أنه وفي الدين نقداً^(٢) .

على أن الحجة التي أضفها القانون على البيان الوارد في الأوراق المنزلية ليست مطلقة . بل يجوز لصاحب هذه الأوراق أن يثبت أن البيان الوارد فيها غير صحيح ، وأنه إنما كتب خطأ أو قبل أن يتم الأمر الذي ورد البيان في شأنه أو نحو ذلك . ويجوز إثبات ذلك بجميع الطرق ، حتى بالبينه أو بالقرائن . ولا يقال هنا إنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ، فإن البيان المكتوب ليس ورقة عرفية موقعة ولم يعد مقلماً للإثبات ، فيجوز إثبات عكسه بغير الكتابة . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى^(٣) .

المبحث الرابع

التأشير ببراءة ذمة المدين

١٤٧ — **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٩٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن

(١) أوبري ورو ١٢ ص ٢٧٢ .

(٢) أوبري ورو ١٢ ص ٢٧١ — ص ٢٧٢ — هذا وسنرى في الإقرار أن هذا لو كان إقراراً لتجزأ .

(٣) انظر في هذا المعنى أوبري ورو ١٢ ص ٢٧١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٣ ص ٩٤٢ — ص ٩٤٣ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٢٣٥ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٥٩ ص ١٨٧ — وانظر عكس ذلك الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٤٥ هامش رقم ٣ . وانظر في حجية الأوراق المثورة واختلاف الفقه الفرنسي في تقديرها بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٤٦ .

هذا وبعد أن بينا الاستثناء الذي استحدثه التقنين الجديد ، بقي أن نذكر أن ليس له من أثر =

إلى أن يثبت العكس ، ولو لم يكن التأشير موقعاً منه ، مادام السند لم يخرج قط من حيازته .

« ٢ — وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند أو في مخالصة ، وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين »^(١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣٠/٢٩٥^(٢) .

= رجمي . فهو لا يسرى على البيان الذي يدون في ورقة منزلية في تاريخ سابق على يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فلو أن دائناً كتب في مذكراته الخاصة ، قبل هذا التاريخ ، أنه استوفى دينه ، لم يكن هذا البيان دليلاً كاملاً ضده ، بل هو لا يعتبر إلا مبدءاً ثبوت بالكتابة إذا كتب بخطه . أما إذا كتب الدائن البيان في تاريخ غير سابق على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، سرت أحكام التقنين الجديد وكان البيان دليلاً كاملاً ضده على النحو الذي بيناه فيما تقدم .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٣٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — إذا كتب الدائن في ذيل سند أو على هامشه أو في ظهره ما يستفاد منه براءة ذمة المدين ، كانت هذه الكتابة حجة عليه إلى أن يثبت العكس ، ولو لم تكن الكتابة بمضاهة منه ، مادام السند لم يخرج قط من حيازته . ٢ — وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن هذه الكتابة على الوجه المبين بالفقرة السابقة ، في نسخة أصلية أخرى للسند أو في مخالصة ، وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين » . وفي لجنة المراجعة عدلت الفقرة الأولى تعديلاً يستفاد منه عدم ضرورة صدور الكتابة من يد الدائن نفسه ، وبهذا تكون العبرة بمجرد التأشير ، ويعتبر بقاء السند في حيازة الدائن قرينة على أنه هو الذى كتب التأشير أو الذى أمر بكتابته فهو على كلا التقديرين صادر منه . وأثيرت مسألة شطب التأشير سواء كان الدائن قد وقع أو لم يوقعه ، وقد رأى ترك الحكم للقواعد العامة . ثم عدلت الفقرة الثانية تعديلاً يجعل المعنى أوضح . وأصبح النص النهائى للمادة هو النص الذى استقر فى التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٤١٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٣٩٩ ، ثم وافق مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٧ — ٢٨٨ و ص ٣٩٠ — ٣٩١) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « ليس فى هذه المادة من جديد إذا قورنت بما يقابلها فى التقنينات الأجنبية . فلاحكامها نظير فى المادة ١٣٣٢ من التقنين الفرنسى والمادة ١٣٣١ من التقنين الإيطالى والمادة ٢٤٣٨ من التقنين البرتغالى والمادة ١٩٢٠ من التقنين الهولندى والمادة ١٢٢٨ من التقنين الكندى . وقد نصت المادة ٢٩٥/٢٣٠ من التقنين المصرى والمادة ٤٣٩ من التقنين المراكشى على هذه الأحكام ذاتها ، مع تحفظ قوامه لإباحة إقامة الدليل العكسى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٨) .

(٢) كانت المادة ٢٣٠/٢٩٥ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتى : « التأشير على سند الدين بما يفيد براءة المدين يكون حجة على الدائن ولو لم يكن محض منه ، إلا إذا أثبت الدائن خلاف ذلك » .

ويقابل في التقينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السورى المادة ١٩ ، وفي التقين المدني العراقى المادة ٤٦٠ ، وفي تقين أصول المحاكمات المدنية اللبناى المادة ١٦٧ ، وفي التقين المدني للمملكة الليبية المتحدة المادة ٣٨٦^(١) - ويقابل في التقين المدني الفرنسى المادة ١٣٣٢^(١) .

(١) نصوص التقينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١٩ :
١ - التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ، ولو لم يكن التأشير مؤرخا أو موقعا منه ، مادام السند لم يخرج قط من حيازته . ٢ - وكذلك يكون الحكم إذا كتب الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند أو في الوصل وكانت النسخة أو الوصل في يد المدين . (وهذا النص يتفق مع نص التقين المصرى) .

التقين المدني العراقى م ٤٦٠ : الفقرة الأولى من هذه المادة مطابقة للفقرة الأولى من المادة ٣٩٩ من التقين المدني المصرى . وكذلك الفقرة الثانية في كل من التقينين مطابقة للأخرى ، فيما عدا أن التقين العراقى يغفل ذكر لفظ (المخالصة) .

تقين أصول المحاكمات المدنية اللبناى م ١٦٧ : إن ما يكتبه الدائن من العبارات التى تفيد براءة الذمة على سند دين بقى في حوزته ، أو على نسخة من هذا السند أو على سند إيصال في حوزة المديون ، يثبت الإيفاء ، ما لم يقيم البرهان على العكس . وليس من الضرورى أن تكون تلك العبارات مؤرخة أو بمضاة (وهذا النص يتفق مع نص التقين الفرنسى ويكاد يتفق مع نص التقين المصرى) .

(ملاحظة : أما المادة ١٦٨ من تقين أصول المحاكمات المدنية اللبناى فتقابلها المادة ٣٤٩ من التقين المدني المصرى ، ولها مكان آخر) .

التقين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٣٨٦ : مطابقة لنص التقين المدني المصرى .

(٢) التقين المدني الفرنسى م ١٣٣٢ : «إذا كتب الدائن في ذيل سند أو على هامشه أو في ظهره ما يستفاد منه براءة ذمة المدين ، كانت هذه الكتابة حجة عليه ، ولو كانت غير موقعة منه ولا مؤرخة ، ما دام السند لم يخرج قط من حيازته . وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن هذه الكتابة في ظهر نسخة أصلية أخرى من السند أو في مخالصة أو على هامشها أو في ذيلها ، ما دامت هذه النسخة في يد المدين» .

وهذا هو الأصل في نصه الفرنسى :

Art. 1332 : L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge ou au dos d'un titre, qui est toujours resté en sa possession, fait foi, quoique non signée par lui, lorsqu'elle tend à établir la libération du débiteur. Il en est de même de l'écriture mise par le créancier, au dos, en marge ou à la suite du double d'un titre ou d'une quittance, pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur.

١٤٨ — مآلناه : ويستخلص من نص التقنين الجديد — وقد احتذى

فيه نص التقنين المدني الفرنسي — أن التأشير على سند بما يفسر براءة ذمة المدين، دون توقيع من الدائن، يكون قرينة على الوفاء. وهي بعد قرينة قابلة لإثبات العكس. والذي يقف بالدائن عادة عن التوقيع هو أن يكون الوفاء جزئياً. فيدفع المدين الفوائد أو قسطاً من الدين، ومن ثم يكتفى الدائن بالتأشير بذلك إما في سند الدين الذي بيده، وإما في نسخة أصلية أخرى للسند في يد المدين، وإما في مخالصة يحتفظ بها المدين ليؤشر فيها الدائن تباعاً بما يقوم به المدين من دفعات متوالية^(١). ولا يوقع الدائن هذا التأشير ببراءة ذمة المدين^(٢) انتظاراً

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «وقد جرت العادة بأن يؤشر الدائن بالوفاء الجزئى أو الكلى على سند الدين ويستبقيه في حيازته (الفقرة الأولى) أو بأن يؤشر بذلك على نسخة أصلية أخرى من هذا السند أو على مخالصة تكون في يد المدين (الفقرة الثانية) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٨).

(٢) ونطاق البحث هنا مقصور على تأشير الدائن ببراءة ذمة المدين. أما التأشير بأمر آخر، من الدائن أو من المدين، فخارج عن نطاق هذا البحث. غير أن الفقه الفرنسي يبحث عامة — مقتضياً في ذلك أثر فقهاء القانون الفرنسي القديم مثل بواسو (Boiceau) وبوتيه (Pothier) — حالة تأشير المدين بالزيادة في التزامه أو باستحداث دين جديد في ذمته. ثم يبحث حالة تأشير الدائن باستحداث دين في ذمته هو. والمفروض طبعاً أن كل هذه التأشيرات مكتوبة في سند الدين، وأنها غير موقعة وإلا كانت دليلاً كاملاً لا محل لافراده بالذكر.

أما حالة تأشير المدين بالزيادة في التزامه أو باستحداث دين جديد في ذمته، فقد ميز في صدها بواسو، ومن بعده بوتيه، بين فرضين : (أولاً) إذا كان الالتزام الجديد ليس إلا ملحقاً بالالتزام الأصلي الثابت في السند، كأن كان إقراراً بفوائد للالتزام الأصلي أو تعهداً بدفع الالتزام الأصلي في ميعاد معين أو على أقساط محددة أو قبولاً لشرط فاسخ أو لشرط جزائي أو اعترافاً بإضافة إلى الالتزام الأصلي جدت بعد نشوء هذا الالتزام أو نحو ذلك، فعندئذ يكون تأشير المدين حجة عليه، وينسحب التوقيع الذي يحمله الالتزام الأصلي على هذا الالتزام الملحق. (ثانياً) إذا كان الالتزام الجديد مستقلاً كل الاستقلال عن الالتزام الأصلي ولا علاقة له به، فعندئذ يكون تأشير المدين بهذا الالتزام الجديد ليس بحجة عليه لأنه غير موقع منه، ويحتمل أن يكون مشروعاً لم يتم، ويصح على كل حال أن يكون مبدءاً ثبوت بالكتابة مادام مكتوباً بخط المدين. وغنى عن البيان أن التأشير، في الفرضين المتقدمين، إذا كان مكتوباً بخط الدائن لا بخط المدين، لا يكون حجة على المدين إطلاقاً.

وأما حالة تأشير الدائن باستحداث دين في ذمته هو فلا تقاس على حالة تأشير ببراءة ذمة المدين، لأن الحالة الأخيرة وردت في شأنها نص خاص استثنائي فلا يجوز القياس عليها. ومن =

لوفاء ببقية الدين ، فاذا تم الوفاء بالدين كله أعطى المدين مخالصة نهائية ، أو سلمه سند الدين^(١) . على أن هذا لا يمنع من أن يكون التأشير ببراءة ذمة المدين من الدين كله .

وقد رأينا أن نص التقنين الجديد يميز بين حالتين : (١) التأشير على سند في يد الدائن (٢) التأشير على سند أو مخالصة في يد المدين . فنبحث كلا منهما .

= ثم لا يكون التأشير في الحالة الأولى إلا مبدأ ثبوت بالكتابة ، ما دام مكتوباً بخط الدائن ، وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة .

وفي مصر تطبق القواعد العامة في هذه الحالات وغيرها مما لم يرد فيه نص خاص . ولا يجوز القياس على الحكم المنصوص عليه في المادة ٣٩٩ من التقنين المدني ، لأن هذه المادة نص استثنائي لا يجوز تطبيقه في غير الحالتين اللتين ورد فيهما . ومن ثم لا يكون التأشير غير الموقع حجة على من صدر منه هذا التأشير ، ويصح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان بخطه . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ثم إن هذه الحجة لا تتوافر إلا إذا قصد من التأشير إلى إثبات براءة ذمة المدين ، أما ما عدا ذلك مما يؤثر به على سند الدين فلا تكون له حجة في الإثبات إلا في حدود القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٠) .

(انظر في هذه المسألة بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٥٧ - فقرة ٢٤٥٨ - بونيه فقرة ٧٥٤ - ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٦٠ - لارومبيير ٦ م ١٣٣٢ فقرة ٢ - لوران ١٩ فقرة ٣٦٢ - الموجز للمؤلف فقرة ٦٤٥ - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات فقرة ٢٧٠ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٠٢ - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٦٦) .

هذا وإذا أشر الدائن بما يفيد براءة ذمة المدين ، ولكنه أضاف إلى ذلك أن المدين شغل ذمته بدين آخر له ، كأن التأشير حجة عليه بالنسبة إلى براءة ذمة المدين ، ولا يكون حجة له بالنسبة إلى شغل ذمة المدين بدين آخر ، بل يجب على الدائن بالرغم من هذا التأشير أن يحمل عبء إثبات هذا الدين الجديد . وإلى هذا المعنى تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حين تقول : « ويراعى أن التأشير تقتصر حجته على الدائن وحده ، ولا يجوز أن ينهض دليلاً لصالحه على وجه الإطلاق ، إذ من الممتنع أن يصطنع دليلاً لنفسه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٩ - ص ٣٩٠) .

(١) وقد جعل التقنين المدنى السابق فعلاً من تسليم سند الدين إلى المدين قرينة على الوفاء تقبل لإثبات العكس (انظر المادتين ٢١٩ - ٢٨٤/٢٢٠ - ٢٨٥ من هذا التقنين) . ولما كان تسليم سند الدين إلى المدين عملاً مادياً لا يشتمل على ورقة مكتوبة ، فقد أغفلنا الكلام في هذه القرينة هنا ونحن في صدد بحث الأوراق المكتوبة ، وسنبجها في موضعها عند الكلام في القرائن .

المطلب الأول

التأشير على سند في يد الدائن

١٤٩ - شرطه : يشترط ، حتى تتوافر الحجية للتأشير على سند في يد الدائن ، شرطان : (١) أن يكون هناك تأشير ببراءة ذمة المدين على سند الدين . (٢) أن يبقى السند دائماً في حيازة الدائن .

١٥٠ - الشرط الاول - تأشير ببراءة ذمة المدين على سند

المدين : يجب أن يكون التأشير مكتوباً في سند الدين ذاته . فاذا كتب في ورقة أخرى غير هذا السند ، في صورة للسند أو في ورقة مستقلة عنه ، لم تقم قرينة الوفاء . ذلك أن أصل السند هو الذي يحتاج به الدائن ، ويطلب المدين بمقتضاه . فالتأشير ببراءة ذمة المدين في هذا الأصل بالذات يمنع الدائن أن يبرز السند لمطالبة المدين به دون أن يكون التأشير ببراءة ذمة المدين ثابتاً في نفس السند الذي يطلب به . أما إذا كتب التأشير في صورة للسند أو في ورقة مستقلة عنه ، فانه يسهل على الدائن إخفاء هذه أو تلك ، ثم يطلب المدين بمقتضى السند الأصلي وهو لا يحمل أى تأشير . ولهذا يحرص المدين على أن يكون التأشير في سند الدين ذاته . ومن هنا تقوم قرينة الوفاء .

ويكتب التأشير في أى مكان من السند ، في ذيله أو على هامشه أو في ظهره أو في أى مكان آخر (١) .

(١) وكان المشروع التمهيدى — كما رأينا — ينص على أن التأشير يكون في الذيل أو على الهامش أو في الظهر ، فحذفت هذه العبارة في المشروع النهائى ، وأصبح النص مطلقاً لا يتقيد بمكان دون آخر . هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « ويراعى أن المشروع لا يتطلب توافر أى شرط شكلى في مثل هذا التأشير ، فهو لا يشترط بيان تاريخ التحرير أو وضع توقيع الدائن . وهو لا يشترط إيراد في مكان معين من السند أو النسخة الأصلية أو المخالصة ، فقد يرد في ذيل الورقة أو على هامشها أو في ظهرها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٩) .

ويكون مضمون هذا التأشير هو براءة ذمة المدين . وأية عبارة تفيد هذا المعنى تكفى ، فلا يشترط لفظ معين . فالتأشير بأن ذمة المدين قد برئت من الدين ، أو أبرئت ، أو أن الدين قد انقضى ، أو أن المدين قد قام بالوفاء ، أو أنه قد تخالص ، أو أنه قام بوفاء مبلغ كذا ، أو بوفاء قسط معين ، أو نحو ذلك من العبارات التى تفيد براءة ذمة المدين براءة كلية أو جزئية ، كل هذا يصلح أن يكون تأشيراً بالمعنى المقصود .

ولا يكون التأشير موقعاً من الدائن كما قدمنا ، وإلا لصلح أن يكون دليلاً كاملاً دون حاجة إلى نص . وكونه غير موقع من الدائن هو الذى يكشف عن وجه الاستثناء فى هذه المسألة ، إذ يكون القانون قد جعل من ورقة صادرة من شخص معين دليلاً كاملاً على هذا الشخص مع أن الورقة غير موقعة منه .

بل ليس ضرورياً أن يكون التأشير مكتوباً بخط الدائن . وهذا هو أيضاً حكم التقنين المدنى السابق (م ٢٣٠/٢٩٥) ^(١) . أما التقنين المدنى الفرنسى (م ١٣٣٢ فقرة أولى) فقد اشترط أن يكون التأشير مكتوباً بخط الدائن ^(٢) . ولم ير التقنين المدنى المصرى الجديد - أسوة بالتقنين المدنى المصرى القديم - أن يضع هذا

(١) الموجز المؤلف فقرة ٦٤٤ .

(٢) وهذا هو رأى السائد فى الفقه الفرنسى . وهناك من الفقهاء فى فرنسا من يكتفى بأحد الشرطين ، كتابة التأشير بخط الدائن أو حيازة الدائن للسند ، فإذا كان الدائن حائزاً للسند ولم يكن التأشير بخطه ، أو كان التأشير بخطه ولم يكن حائزاً للسند ، فإن هذا يكتفى لقيام قرينة الوفاء ، وهذا ما كان بوتيه (الالتزامات فقرة ٧٦١) يقول به (تولييه ٨ فقرة ٣٥٣ - ديرانتون ١٣ فقرة ٢١٣) . وينى هذا الفريق من الفقهاء على نص التقنين المدنى الفرنسى عدم الدقة وأنه إنما أراد أن ينقل رأى بوتيه فأخطأه التوفيق . بل هناك من يرى أحد الشرطين ضرورياً دون الآخر : إما أن حيازة الدائن للسند دون كتابة التأشير بخط الدائن هو الضرورى (دلتنكور ٢ ص ٦١٧ - ص ٦١٨ وهو فى هذا يتفق مع التقنين المصرى) ، وإما أن الضرورى هو كتابة التأشير بخط الدائن دون حيازة الدائن للسند (ماركاديه م ١٣٣٢ فقرة ١ - فقرة ٣) . والصحيح فى الفقه الفرنسى أن كلا من حيازة الدائن للسند وكتابة التأشير بخط الدائن ضرورى لقيام قرينة الوفاء ، كما هو صريح نص التقنين الفرنسى (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٨ ص ٢٧٤ هامش رقم ١٨ - لارومبيير ٦ م ١٣٣٢ فقرة ٣ - ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٤٥ - فقرة ٦٤٧ - لوران ١٩ فقرة ٣٥٨ - فقرة ٣٥٩ - هيك ٨ فقرة ٢٥٣ - بونيه فقرة ٧٤٩ - فقرة ٧٥٠ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٥٠ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٥ ص ٩٤٤ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٤١ ص ٣٢٧ هامش رقم ١) .

الشرط ، وذلك لعدم انتشار الكتابة انتشاراً كافياً . ومن ثم يصح أن يكون التأشير مكتوباً بخط أجنبي ، بل بخط المدين نفسه ، ما دام السند في حيازة الدائن كما سيأتى . ولكن إذا لم يكن من الضروري أن يكون التأشير مكتوباً بخط الدائن ، فانه يجب على الأقل أن يكون مكتوباً باملأته أو بموافقة منه حتى يكون صادراً عنه ويكون هناك محل لقيام القرينة على الوفاء . ويفرض دائماً أن التأشير قد كتب برضاء الدائن ، حتى يثبت هو أنه كتب بغير رضائه .

وسواء كتب التأشير بخط الدائن أو كتب بخط غيره ، فقد يحدث أن هذا التأشير يمحى أو يشطب ^(١) . فهل تزول قوة التأشير في الإثبات بهذا المحو أو الشطب ، أو هي تبقى بالرغم من ذلك ؟ انقسم الفقه الفرنسى في هذه المسألة ^(٢) . وقد

= وقد رأينا أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد (م ٥٣٤) كان قد جرى التقنين المدنى الفرنسى فاشترط كتابة الدائن للتأشير بخطه وحيازته للسند في وقت معاً ، ولكن لجنة المراجعة حذفت شرط كتابة الدائن للتأشير بخطه في المشروع النهائى واستبقت شرط حيازة الدائن للسند ، مراعية في ذلك أن شرط كتابة الدائن للتأشير بخطه انما تتمتع مراعاته إذا كان السند في حيازة المدين ، أما إذا كان السند في حيازة الدائن فتغنى هذه الحيازة عن هذا الشرط ، لا سيما في بلد لا تزال الأمية فيه هي الغالبة . على أن هناك من الفقهاء في مصر من يرى ، من ناحية السياسة التشريعية ، أنه كان يجدر بالمشروع المصرى ، بعد أن استكثر الجمع بين الشرطين ، أن يكتب بأيهما ، إذ أن التأشير بخط الدائن أهم من حيازة الدائن للسند (الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٥٢ هامش رقم ١ - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقره ٣٠٣) - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ١٩٠ هامش رقم ١) .

(١) وعبء إثبات المحو أو الشطب ، وبخاصة المحو ، يكون على المدين لأنه هو الذى يدعى المحو أو الشطب لمنعه من الانتفاع بقرينة الوفاء .

(٢) - ويذهب بوتيه (فقرة ٧٦١) إلى أن المحو أو الشطب لا يزيل قوة التأشير في الإثبات ، وإلا لكان من السهل على الدائن والسند في حيازته أن يمحوا التأشير أو يشطبه . وتبع بوتيه فريق من الفقهاء (ديرانثون ١٣ فقرة ٢٢١ - لارومبيير ٦ م ١٣٣٢ فقرة ١٠ - لوران ١٩ فقرة ٣٦١) . ويذهب فريق آخر إلى أنه لما كانت العادة أن الدائن يكتب التأشير ببراءة ذمة المدين على السند قبل استيفاء الدين ، فشطب هذا التأشير بعد كتابته يجدر أن يفترض فيه أن الدائن بعد أن كتب التأشير لم يستوف الدين من المدين فحذا التأشير تبعاً لذلك ، وعلى المدين إذا ادعى العكس أن يثبته . وهذا بخلاف التأشير بالوفاء في ورقة منزلية ، فإن العادة ألا يحصل هذا التأشير إلا بعد تمام الوفاء ، فيفترض وقوع الوفاء بالرغم من محو التأشير أو شطبه (أوبرى ورو ١٢ ص ٢٧٦ هامش رقم ٢١ - توليه ٨ فقرة ٣٥٦ - بوتيه فقرة ٧٥٣ - ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٥١ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٥٥) .

أثيرت المسألة في لجنة المراجعة فرؤى تركها للقواعد العامة . ويبدو أن التأشير المحو أو المشطوب يجب أن يبقى حافظاً لقوته في الإثبات ، فتقوم قرينة الوفاء بالرغم من المحو أو الشطب . والدائن هو الذى يثبت أن القرينة في الحقيقة غير قائمة (١) ، بأن يثبت أن المحو أو الشطب كان بسبب مشروع ، كأن يكون قد كتب التأشير مقدماً متوقعاً الوفاء فلم يتم ، فمحا التأشير تبعاً لذلك . ولو قلنا بالرأى الآخر ، وبأن التأشير تزول قوته بالمحو أو الشطب ، لسهل على الدائن بعد التأشير ببراءة ذمة المدين في سند بيده وفي حيازته أن يحمو هذا التأشير أو يشطبه (٢) .

١٥١ — الشرط الثانى — بقاء السند دائماً في حيازة الدائن :

ويجب حتى تقوم قرينة الوفاء أن يكون سند الدين الذى يحمل التأشير باقياً في يد الدائن ، لم يخرج قط من حيازته . فاذا كان قد خرج من حيازته ولو لحظة واحدة ، منع ذلك من قيام قرينة الوفاء ، إذ يحتمل أن التأشير — وقد رأينا أنه لا يشترط فيه أن يكون بخط الدائن — قد كتب بخط أجنبى أو بخط المدين نفسه في هذه اللحظة بالذات التى خرج فيها السند من حيازة الدائن . فاذا ما استرد الدائن حيازة السند ، لم تبق له حيلة في التأشير إلا المحو أو الشطب ، وقد رأينا أنهما لا يزيلان قرينة الوفاء (٣) .

(١) هو هنا لا يدحض القرينة بالدليل العكسى بعد قيامها ، بل هو يثبت أن القرينة لم تقم أصلاً لعدم توافر شرط من شروط قيامها .

(٢) أنظر في هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٠٢ مكررة — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٠٧ — ويذهب الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة إلى أنه « ليس من الصواب القطع بدلالة الشطب في هذه الحالة ، فإدام أن المسألة يسيطر عليها اعتباران متعارضان ، لكل منهما ما يبرره ، فيجب أن يترك الأمر لتقدير القاضى » (الإثبات فقرة ١٦٤ ص ١٩٢) .

(٣) ولا يعتبر السند قد خرج من حيازة الدائن إذا هو انتقل إلى وكيل له أو إلى مودع عنده أو إلى مدير لأعماله أو إلى دائن مرتين أو إلى شخص عهد إليه في تحصيل قيمته أو في تقديمه إلى القضاء . أما إذا انتقل إلى المدين نفسه لسبب أو لآخر ، كأن سلم إليه ليكتب التأشير بنفسه قبل الوفاء فكتبه ولم يقم بالوفاء ، فإن حيازة السند في هذه الحالة تكون قد انقطعت ، ولكن الدائن هو الذى يقع عليه عبء إثبات ذلك كما سنرى (ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٥٠ — لارومبيير ٦ م ١٣٣٢ ص ٢١٩ — ص ٢٢١ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٥١ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٦٤ ص ١٩١) .

وقد كان التقنين المدنى السابق لا يشترط هذا الشرط، وهو فى الوقت ذاته لا يشترط — كما رأينا — أن يكون التأشير بخط الدائن . فقد كانت المادة ٢٣٠/ ٢٩٥ من هذا التقنين ، وقد سبق ذكرها ، تجرى على الوجه الآتى :

« التأشير على سند الدين بما يفيد براءة المدين منه يكون حجة على الدائن ولو لم يكن ممضى منه ، إلا إذا أثبت الدائن خلاف ذلك ^(١) » . ومن ثم كان الخطر كبيراً فى ظل هذا التقنين السابق من قيام قرينة الوفاء على غير أساس من الواقع . فكان لا يبقى أمام الدائن إلا دحض القرينة بالدليل العكسى بعد قيامها . والظاهر أنه كان يكفيه فى ذلك أن يثبت أن السند قد خرج من حيازته فترة من الزمن ، حتى ينتقل عبء الإثبات إلى المدين ليثبت أن التأشير لم يكتب فى اللحظة التى خرج منها سند الدين من حيازة الدائن ^(٢) . ولما كان التقنين الجديد قد استحدث شرط بقاء السند فى حيازة الدائن ، فالعبرة بتاريخ خروج السند

(١) ونرى من ذلك أن التقنين المدنى الجديد هو وسط ما بين التقنين المدنى السابق والتقنين المدنى الفرنسى . فالتقنين المدنى السابق كان لا يشترط لا حيازة السند ولا خط الدائن . والتقنين المدنى الفرنسى يشترط الاثنى معاً . والتقنين المدنى الجديد يشترط حيازة السند دون خط الدائن .

(٢) وقد جاء فى الموجز للمؤلف فى هذا الصدد ما يأتى : « وهذان الشرطان (أى التأشير بخط الدائن وبقاء السند فى حيازته) غير ضروريين فى مصر . وقد يتوافر أحدهما دون الآخر ، فيكون التأشير بخط الدائن ولكن السند خرج من حيازته ، فادام التأشير صادراً من الدائن فهو حجة عليه . وقد يكون التأشير بغير خط الدائن ولكن السند لم يخرج من حيازته ، وهنا أيضاً ما دام التأشير صادراً من الدائن ولو لم يكن بخطه ، فهو حجة عليه لأن السند لم يخرج من حيازته ، ففروض أن التأشير الصادر منه تم بموافقة . وقد لا يتوافر أى شرط من الشرطين المتقدمين ، فيكون التأشير بغير خط الدائن ويكون السند قد خرج من حيازته ، ولكن ما دام التأشير صادراً منه ولو لم يكن بخطه ، فهو حجة عليه حتى فى هذا الفرض . وله أن يدحض القرينة بإثبات العكس ، كما يملك هذا فى الفروض الأخرى المتقدمة ، وإن كان دحض القرينة فى الفرض الأخير أسهل » . ثم جاء فى حاشية عن قرينة براءة ذمة المدين فى الفرض الأخير ما يأتى : « وقرينة براءة المدين فى هذا الفرض قائم على الوجه الآتى : المفروض أن الدائن يحتفظ بسند الدين فى حيازته ، فادام قد تركه يخرج من حيازته وسمح للغير أن يؤشر عليه بما يفيد براءة المدين ، فالمفهوم أن هذا كله قد تم بموافقة . وإذا قيل يحتمل أن التأشير قد تم بغير علمه من شخص أراد أن يفقد السند قيمته ، أمكن الرد على ذلك بأنه كان من الأيسر على هذا الشخص أن يمزق السند أو أن يخفيه . وإذا قيل يحتمل أن يكون السند قد خرج من حيازة الدائن دون رضاه ، فالرد أن مثل هذا الاحتمال هو الذى جعل القرينة قابلة لإثبات العكس » (الموجز فقرة ٦٤٤ ص ٦٧٥ وهامش رقم ١) .

من حيازة الدائن لمعرفة القانون الذى يسرى . فان كان السند قد خرج من حيازة الدائن قبل يوم ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فالتقنين القديم هو الذى يسرى ، ولا يمنع خروج السند من حيازة الدائن أن تقوم قرينة الوفاء وفقاً لهذا التقنين . وإن كان السند قد خرج من حيازة الدائن فى تاريخ غير سابق على ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فالتقنين الجديد هو الذى يسرى ، وتسقط قرينة الوفاء .

وفى جميع الأحوال التى يسرى فيها التقنين الجديد ، يفترض دائماً أن السند لم يخرج من حيازة الدائن . فاذا ادعى هذا أنه خرج من حيازته فى أية لحظة ، فعليه عبء إثبات ذلك . وعلى هذا الوجه يتيسر إثبات واقعة مطلقة كالواقعة التى نحن بصدددها^(١) . وإذا تمكن الدائن من إثبات أن السند خرج من حيازته فانه يكون بذلك قد أثبت عدم قيام قرينة الوفاء ، ولم يقتصر على دحضها بالدليل العكسى بعد قيامها^(٢) .

١٥٢ — حجية التأشير على السند إذا توافر الشرطان : وردت الفقرة الأولى من المادة ٣٩٩ من التقنين المدنى نصاً خاصاً يقرر حجية هذا التأشير . ولكن قبل أن نعرض لهذا النص الخاص ، نبادر إلى القول إن التأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين قد تكون له حجية معينة إذا طبقت القواعد العامة فى الإثبات بقطع النظر عن هذا النص الخاص . فهو إذا كان مكتوباً بخط الدائن ، أمكن أن يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ضده ، ولو لم يتوافر فيه الشرطان اللذان تقدم ذكرهما . مثل ذلك أن يكتب الدائن بخطه التأشير ببراءة ذمة المدين فى ورقة مستقلة عن سند الدين أو فى صورة لهذا السند ، أو أن يكتب هذا التأشير بخطه فى سند الدين ذاته ولكن يخرج هذا السند من حيازته . ففى هذه الأحوال لا يكون التأشير دليلاً كاملاً ضد الدائن ، لأن الشرطين اللذين تطلبهما القانون فى ذلك لم يتوافرا . ولكن هذا التأشير ، مادام أنه مكتوب بخط الدائن ، يصح اعتباره

(١) بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٥١ — دى باج ٣ فقرة ٨٢٩ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ١٤٨ هامش رقم ١ .

(٢) وقد رأينا نظيراً لذلك فيما قدمناه فى شأن نحو التأشير أو شطبه .

مبدأ ثبوت بالكتابة يستكمله المدين بالبيئة أو بالقرائن ليثبت أنه قد وفى الدين^(١).
أما إذا توافر الشرطان على النحو الذى تقدم ذكره ، فإن التأشير على سند الدين يكون حجة كاملة على الدائن ، ولا حاجة للمدين باستكمالها ليثبت أنه وفى الدين . ويقع عبء الإثبات هنا على الدائن لا على المدين ، فهو الذى عليه أن يدحض قرينة الوفاء التى قامت باستيفاء التأشير لشرطيه ، فاذا لم يدحضها بالدليل العكسى فقد تم للمدين إثبات أنه قد قام بوفاء الدين .

وعندنا أن حجية التأشير تقوم على أساس ورقة عرفية غير موقعة ، هى هذا التأشير ذاته . ولا يمنع ذلك من القول بأن هذه الورقة العرفية يستخلص القانون منها قرينة على وفاء الدين ، وهى قرينة قابلة لإثبات العكس . فاذا نحن قلنا إن القرينة هنا قرينة قانونية بسيطة ، وقلنا إنها فى الوقت ذاته تقوم على ورقة عرفية غير موقعة ، فلا تعارض ما بين القولين . فجميع الأوراق العرفية غير الموقعة - دفاتر التجار والأوراق المنزلية وغيرها - هى فى هذا الوضع : أوراق عرفية غير موقعة تستخلص منها قرائن قانونية بسيطة^(٢) .

فتى وجد التأشير على سند الدين مستوفياً لشرطيه ، استخلصت منه قرينة قانونية بسيطة على وفاء المدين بالدين . وكان التأشير حجة على الدائن ، ولكنها حجة قابلة للدحض . ذلك أن علة الاعتداد بهذا التأشير هى أن الدائن يقر فى سند الدين ذاته أنه استوفى حقه ، وهذا الإقرار هو بمثابة « إقرار غير قضائى لا يمكن استبعاده من السند الذى يتقدم به لاستبداء حقه »^(٣). ولكن يجوز مع ذلك أن يكون هذا الإقرار غير مطابق للواقع . وتورد المذكرة الإيضاحية

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « على أن تخلف أحد الشرطين المتقدمين لا يجعل التأشير خلواً من كل فائدة . فللمدين مثلاً أن ينتفع منه بوصفه مبدأ ثبوت بالكتابة متى كان محرراً بخط الدائن . ولم ير وجه للنص صراحة على هذا الحكم ، لأنه لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٩) .
(٢) وهى هذه المثابة دليل كامل ولو أنها غير موقعة . فهى إذن بمنزلة الأوراق الموقعة من حيث إنها ليست فى حاجة إلى أن تستكمل . وهى أيضاً كالأوراق الموقعة يجوز إثبات عكسها . ولكنها تخالف الأوراق الموقعة فى أنه يجوز إثبات عكسها بجميع الطرق دون أن تشترط الكتابة فى هذا الإثبات وسنعود إلى هذه المسألة بعد قليل .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٨ -

للمشروع التمهيدى مثلاً لذلك فيما « لو سلم الدائن السند لوكيل فوضه فى استيفاء الدين ، فهو يؤشر على هذا السند بالتخالص قبل أن يسلمه لوكيله ، ويقوم هذا برده إليه بما سبق أن دون فيه من تأشيرات فيما إذا تخلف المدين عن الوفاء عند المطالبة^(١) . فيرجع سند الدين فى هذه الحالة وهو يحمل تأشير الدائن ببراءة ذمة المدين ، دون أن يكون الدائن قد استوفى الدين . ومن ذلك نرى أن القرينة هنا قد يقوم من الواقع دليل على عكسها . ومن أجل ذلك عند ما أقام القانون هذه القرينة ، جعل حجيتها قابلة للدحض^(٢) . فيجوز للدائن ، بالرغم من التأشير ببراءة ذمة المدين ، أن يقيم الدليل على العكس ، أى على أن ذمة المدين لا تزال مشغولة بالدين .

وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، حتى بالبيئة أو بالقرائن . ولا يعترض

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٩ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد نهج المشروع فى إباحة إقامة الدليل العكسى نهج التقنين الراهن (م ٢٣٠/٢٩٥) والتقنين المراكشى (م ٤٣٩) مراعيًا فى ذلك أن تأشير الدائن لا يعتبر قرينة قاطعة على براءة الذمة ، بل يكون لهذا الدائن أن يثبت أن ما أشر به قد صدر عن غلط منه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٠) . أما التقنين المدنى الفرنسى (م ١٣٣٢) فلم يصرح بجواز إثبات العكس كما فعل التقنين المصرى . لذلك يميز الفقه فى فرنسا بين الحالة التى نحن بصدددها — حالة التأشير على سند الدين وهو فى حيازة الدائن — فيجيز إثبات عكس ما جاء فى التأشير بجميع الطرق لأن التأشير ورقة عرفية غير موقعة (أوبرى ورو ١٢ ص ٢٧٧ هامش رقم ٢٣ — لارومبيير ٦ م ١٣٣٢ فقرة ٩ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٥٧ — هيك ٨ فقرة ٢٦٤ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٥٦ — بلانيول وريير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٥ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٤١ — دى باج ٣ فقرة ٨٧٥) — وحالة التأشير على نسخة أصلية لسند الدين أو على مخالصة وهى فى حيازة المدين ، فينقسم فى شأنها : فريق يقول بجواز إثبات عكس ما جاء فى التأشير بجميع الطرق كما فى الحالة السابقة لأن التأشير لا يزال ورقة عرفية غير موقعة (ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٥٧ — لارومبيير ٦ م ١٣٣٢ فقرة ٩ — هيك ٨ فقرة ٢٦٤ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٥٦) ، وفريق آخر يذهب إلى أن التأشير فى هذه الحالة ، بحكم أنه بخط الدائن وهو فى الوقت ذاته فى حيازة المدين ، يكسب طابعاً تعاقدياً ، إذ هو وضع اشترك فى إقامته كل من الدائن والمدين ، الأول بخطه والثانى بحيازته ، فأضيفا عليه صيغة السند الموقع كما يقول أوبرى ورو (revêt, en quelque sorte, le caractère d'un acte proprement dit) ، ومن ثم لا يجوز إثبات ما يخالفه إلا بالكتابة (أوبرى ورو وبارتان ١٢ فقرة ٧٥٨ ص ٢٧٧ هامش رقم ٢٣ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٤٢ — بلانيول وريير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٥ — دى باج ٣ فقرة ٨٧٥) .

عليه أنه يثبت ما يخالف الكتابة بغير الكتابة ، فإن التأشير الذي يثبت عكسه هنا هو ورقة عرفية غير موقعة يجوز إثبات عكسها بجميع الطرق^(١) ، وسيأتى تفصيل ذلك .

المطلب الثانى

التأشير على سند أو مخالصة فى يد المدين

١٥٣ - شرطه : يشترط هنا أيضاً ، حتى تتوافر الحجية للتأشير على سند أو مخالصة فى يد المدين ، شرطان : (١) أن يكون هناك بخط الدائن تأشير ببراءة

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٤٤ ص ٦٧٥ — ويذهب الأستاذ سليمان مرقس ، فى كتابه « أصول الإثبات » ص ١٤٨ هامش رقم ٢ ، « إلى أن النص الخاص بالتأشير على سند الدين لا يقتصر على إنشاء قرينة قانونية على البراءة ، وإنما هو يعطى هذه الكتابة غير الموقعة قيمة الكتابة الموقعة . وإذن تسرى على التأشير قواعد حجية الورقة العرفية الموقعة ، فيجوز إثبات عكس ماتضمنه ، على أن يكون ذلك بالكتابة أو بما يقوم مقامها أو بالبينة والقرائن فى الأحوال التى يوجد فيها ما يسوغ الإثبات بها استثناء . انظر أيضاً فقرة ٢٠٢ ص ٣٧٥ - ص ٣٨٦ من الكتاب ذاته .

ولا ضير من القول بأن المشرع رفع التأشير ببراءة ذمة المدين ، وهو تأشير غير موقع ، إلى منزلة الورقة الموقعة . ولكن يبقى التأشير مع هذا قابلاً لإثبات العكس بجميع الطرق . ويرجع ذلك إلى تحديد ما هو المقصود بعبارة « الدليل الكتابي » الواردة فى المادة ٤١٠ من التقنين الملقى المصرى ، عندما يقرر هذا النص أنه لا يجوز الإثبات بالبينة « فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي » . وفى رأينا أن المقصود بالدليل الكتابي هنا هو ورقة عرفية موقعة ، لا ورقة غير موقعة ولو ارتفعت إلى منزلة الورقة العرفية الموقعة . وهذا هو ما استقر عليه الفقه والقضاء فى مصر وفى فرنسا . والسبب فى إجماع الفقه والقضاء فى فرنسا على هذا الرأى أن التقنين الملقى الفرنسى (م ١٣٤١) قد أورد القاعدة التى تقضى بعدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة فى نفس النص الذى أوجب الكتابة فيما يزيد على النصاب المعين . فالكتابة التى عنها فى الحالتين هى الكتابة الموقعة ، ما فى ذلك من شك . فوضح من هذا أن الكتابة التى لا يسمح بإثبات ما يخالفها إلا بالكتابة إنما هى الكتابة الموقعة دون غيرها . ولم يرد المشرع المصرى بتاتاً أن يحيد عن هذا المبدأ فهو عندما منع فى المادة ٤٠١ الإثبات بالبينة « فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي » قد قصد دون ريب « بالدليل الكتابي » الورقة العرفية الموقعة المطلوبة فى إثبات ما تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، كما يستخلص ذلك ضمناً من نص المادة ٤٠٠ . ولا يمكن القول ، لجرد تحوير لفظى محض ، أن المشرع المصرى قصد مغايرة القواعد الجوهرية فى الإثبات التى نقلها عن المشرع الفرنسى .

ذمة المدين على نسخة أصلية أخرى لسند الدين أو على مخالصة (٢) أن تقع نسخة السند أو المخالصة في حيازة المدين .

١٥٤ - الشرط الأول - تأشير بخط الدائن على نسخة أصلية للسند

أو على مخالصة براءة ذمة المدين : يجب أن يكون التأشير هنا مكتوباً إما في نسخة أصلية لسند الدين تكون بيد المدين وإما في مخالصة يحتفظ بها المدين . والنسخة الأصلية (double) لسند الدين ليست صورة (copie) للسند ، بل هي أصل (original) كسند الدين ذاته . ويفهم من ذلك أن سند الدين كتب من نسختين أصليتين إحداهما بيد الدائن والأخرى بيد المدين . وفي هذه النسخة الأصلية الأخرى التي بيد المدين يقع تأشير الدائن . وفي هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «ويراعى أن المشروع قد غنى في النص باستظهار ما يقصد بكلمة نسخة ، فليس يقصد بها مجرد صورة أخرى من سند الدين ، وإنما شفعت هذه الكلمة بنعت أصلية «تعييناً للدلالة المقصود»^(١) . وغنى عن البيان أن عبارة «النسخة الأصلية» قد تسربت إلى التقنين المصرى من التقنين المدنى الفرنسى ، إذ يشترط هذا التقنين الأخير أن يكون سند العقد الملزم للجانبين من نسخ أصلية متعددة كما رأينا . ففي عقد البيع توجد نسخة من العقد في يد البائع ونسخة أخرى في يد المشتري . فاذا دفع المشتري قسطاً من الثمن ، أشر البائع في نسخة المشتري براءة ذمة المدين من هذا القسط . وهذا ما يقع أيضاً في مصر بحكم الضرورة لا بمقتضى النص ؛ بل كان النص موجوداً كما رأينا في المشروع الأولى الذى سبق المشروع التمهيدى . وبصح أن يقع التأشير ، لا على النسخة الأخرى لسند الدين ، بل على مخالصة أعدت لتسجيل ما يقوم المدين بدفعه واحتفظ بها المدين إثباتاً لهذا الوفاء^(٢) .

ويتبين من ذلك أن التأشير إذا وقع على صورة للسند أو على ورقة أخرى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٨ .

(٢) ويلاحظ هنا أن التقنين المدنى العراقى (م ٤٦٠) يشترط أن يقع التأشير على النسخة الأصلية الأخرى لسند الدين ، فلا يجوز أن يقع على مخالصة أو على أية ورقة أخرى . وفي هذا وحده ، كما قدمنا ، يختلف هذا التقنين عن التقنين المصرى .

مستقلة عن نسخة السند ، وأمكن اعتبار هذه أو تلك بمثابة مخالصة أعدت لتسجيل ما يقوم المدين بدفعه ، كان التأشير صحيحاً وقامت قرينة الوفاء (١) .

ويكتب التأشير في أى مكان من الورقة ، وبأية عبارة تفيد معنى براءة الذمة ، ولا يكون موقعاً عليه من الدائن ، وذلك كله على النحو الذى قدمناه فى التأشير على سند فى حيازة الدائن .

ولكن التأشير هنا يجب أن يكون بخط الدائن ، وهذا على خلاف ما قررناه فى التأشير على سند فى حيازة الدائن من جواز أن يكون هذا التأشير بخط غير خطه . وهذا هو أيضاً حكم التقنين المدنى الفرنسى (م ١٣٣٢) ، بل إن هذا التقنين يشترط كما رأينا أن يكون التأشير دائماً بخط الدائن ، سواء وقع على سند فى حيازة المدين أو وقع على سند فى حيازة الدائن . أما التقنين المدنى المصرى السابق فالأرجح أنه لم يكن يدخل فى حسابه ، عند ما أورد المادة ٢٣٠/٢٩٥ ، إلا التأشير على سند فى حيازة الدائن ، وقد ترك التأشير بخط الدائن على سند فى حيازة المدين تسرى عليه القواعد العامة ، وسنعود إلى هذه المسألة بعد قليل .

واشترط أن التأشير على سند فى حيازة المدين يكون بخط الدائن أمر واضح ، إذ لو سمح القانون أن يكون التأشير بخط غير الدائن ، لسهل على المدين ، والسند فى حيازته ، أن يستكتب أى شخص عبارة الإبراء ، فتقوم قرينة الوفاء على غير أساس من الواقع . فقوة القرينة إذن هى فى أن التأشير بالإبراء قد كتب بيد الدائن واحتفظ به المدين .

وإذا أنكر الدائن خطه ، وجب على المدين أن يلجأ إلى إجراءات تحقيق الخطوط لإثبات أن التأشير بخط الدائن (٢) . فإذا ما ثبت ذلك ، جاز للدائن بعد

(١) أما إذا أشر البائع براءة ذمة المشتري على نسخة أصلية لعقد البيع ليست فى يده ولا فى يد المشتري ، بأن تعدد المشترون وكان التأشير على نسخة ثالثة فى يد مشتر آخر ، فإن التأشير فى هذه الحالة لا يكون صحيحاً لوقوعه فى سند ليس فى حيازة الدائن ولا فى حيازة المدين . ولكنه مادام مكتوباً بخط الدائن يصلح أن يكون مبدأً ثبوت بالكتابة (أوبرى، ورو ١٢ ص ٢٧٥ هامش رقم ١٩) .

(٢) ذلك أن إجراءات تحقيق الخطوط تقبل فى جميع الأوراق العرفية ، موقعة كانت أو غير موقعة .

هذا أن يسلك طريق الطعن بالتزوير^(١) .

وإذا محى التأشير أو شطب ، زالت قوته في الإثبات . ذلك أن السند موجود في حيازة المدين ، فلا يمكن حمل المحو أو الشطب إلا على أن الوفاء لم يتم ، فمحا الدائن التأشير أو شطبه ، وقبل منه المدين ذلك بأن احتفظ بالسند في يده والتأشير فيه محو أو مشطوب^(٢) . وهذا بخلاف ما رأيناه في المحو أو الشطب عندما يكون السند في حيازة الدائن ، فقد تقدم أن الفقه الفرنسي منقسم في هذه المسألة ، ورجحنا الرأى القائل بأن المحو أو الشطب لا يزيل قوة الإثبات التى للتأشير .

١٥٥ - الشرط الثانى - وقوع نسخة السند أو المخالصة في حيازة

المدين : والأصل أن نسخة السند أو المخالصة التى أشر عليها الدائن بخطه تكون في حيازة المدين . ولكن لا يشترط هنا أن تكون باقية دائماً في حيازته ، بل يكفى أن تكون قد وقعت في حيازته ولو خرجت بعد ذلك من يده . ذلك أن التأشير يجب أن يكون بخط الدائن كما قدمنا ، فوقوع هذا التأشير بخط الدائن في حيازة المدين ولو لحظة واحدة يكفى لقيام قرينة الوفاء . ومتى قامت القرينة على هذا الوجه ، كان للدائن أن يدحضها كما سنرى .

والذى يقع عادة أن المدين يبرز الورقة التى تحمل تأشير الدائن بخطه ليحتج بها . فيكون بذلك قد أثبت أنها قد وقعت في حيازته . أما إذا لم تكن الورقة في يده ، واستطاع أن يحصل على أمر بتقديمها فقدمت ، فعليه أن يثبت أنها وقعت في حيازته وقتاً ما حتى تقوم قرينة الوفاء .

١٥٦ - أهمية التأشير إذا توافر الشرطان : هنا أيضاً نبادر إلى القول

إن هذا التأشير ، ولو لم يتوافر شرطاه ، له حجية معينة إذا طبقت القواعد العامة

(١) الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٤٧ هامش رقم ١ و ص ١٥٣ .

(٢) ديرانتون ١٣ فقرة ٤٢٠ — بوتيه فقرة ٧٥٣ — أوبرى ورو ١٢ ص ٢٧٦ —

ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٥٦ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٥٥ — دى پاچ ٣ فقرة ٨٢٩ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٤٢ — الموجز للمؤلف فقرة ٦٤٥ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٠٢ مكررة — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٠٧ مكررة — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٦٥ ص ١٩٤ .

في الإثبات ، بقطع النظر عن نص المادة ٣٩٩ من التقنين المدني . فهو ما دام مكتوباً بخط الدائن يصح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، ولو لم يتوافر فيه ما قدمناه من الشروط الأخرى . مثل ذلك أن يكتب التأشير في نسخة أصلية ثالثة ليست في حيازة الدائن ولا في حيازة المدين ، أو أن يعجز المدين عن إثبات أن الورقة التي كتب فيها التأشير قد وقعت في حيازته ، أو نحو ذلك . ففي هذه الأحوال لا يصلح التأشير دليلاً كاملاً ، ولكن يصح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة يستكمل بالبيئة أو بالقرائن .

أما إذا توافر الشرطان على النحو الذي تقدم ذكره ، فإن التأشير يكون دليلاً كاملاً ضد الدائن ، ولا حاجة للمدين باستكمالها ليثبت أنه وفي الدين ، وذلك بمقتضى نص خاص هو نص المادة ٣٩٩ . وحجية التأشير تقوم هنا أيضاً على أساس ورقة عرفية غير موقعة هي هذا التأشير ذاته ، على النحو الذي قدمناه في التأشير على سند في حيازة الدائن .

ثم إن علة الاعتداد بالتأشير هنا هي أن هذا التأشير قد كتب بخط الدائن نفسه ، وقد ترك الورقة التي تحمل التأشير في يد المدين ، فتركه إياها في يد من له مصلحة في الاحتجاج بها قرينة على أنه استوفى الدين . فالتأشير في هذه الحالة «يكون في الواقع بمثابة مخالصة تبقى في يد المدين»^(١) . ولكن هذه القرينة ، هنا أيضاً ، قد يقوم من الواقع دليل على عكسها^(٢) . فقد يتصور — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — «أن يكون الدائن قد سلم المخالصة

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٩) .

(٢) وقد كان المشروع الأول الذى سبق المشروع التمهيدى يميز بين حالة التأشير على سند في حيازة الدائن فيجعل التأشير قابلاً لإثبات العكس ، وحالة التأشير على سند في حيازة المدين فيجعل التأشير غير قابل لإثبات العكس (م ١٩ من هذا المشروع) . ولعل المشروع قد تأثر في ذلك بأن فريقاً من الفقهاء الفرنسيين لا يسمحون ، في إثبات عكس التأشير على سند في حيازة المدين ، بأن يكون الإثبات بجميع الطرق ، بل يشترطون أن يكون الإثبات بالكتابة على النحو الذى بيناه فيما تقدم . وواضح أن هذا أمر يختلف عن قابلية التأشير لإثبات العكس في ذاته ، سواء كان لإثبات العكس بجميع الطرق أو كان بطرق معينة . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (المذكرة الإيضاحية ٢ ص ٦٩٠) . عبارة تردد هذا التمييز . وهى عبارة خاطئة ، لأن التقنين الجديد (وكذلك المشروع التمهيدى) لم يفرق بين حجية القرينة في حالة التأشير على سند في حيازة المدين وحجيتها في حالة التأشير على سند في حيازة الدائن ، فكلتا =

لوكيل مفوض في استيفاء الدين ، ولما كان من واجب مثل هذا الوكيل أن يرد إلى الموكل المخالصة التي تسلمها إذا لم يتم له استيفاء الدين ، فالمفروض أن الدائن يحتفظ بهذه المخالصة لأنه لم يستوف حقه من المدين^(١) . فاذا سلم الوكيل ، بالرغم من ذلك ، المخالصة للمدين ولم يستوف منه الدين ، وعجز عن استرداد المخالصة ، فانها ، وهي تحمل تأشير الدائن ، تكون في يد المدين دون أن يكون هذا قد برئت ذمته . وفي هذا دليل من الواقع يدحض القرينة .

من أجل ذلك عندما أقام القانون هذه القرينة ، جعل حجيتها هنا أيضاً قابلة للدحض . فيجوز للدائن ، بالرغم من تأشيره بخطه ببراءة ذمة المدين ، أن يقيم الدليل على العكس ، فيثبت أن ذمة المدين لا تزال مشغولة بالدين .

وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، حتى بالبيئة أو بالقرائن . ذلك أن التأشير الذي يثبت عكسه هو ورقة عرفية غير موقعة يجوز إثبات عكسها بجميع الطرق ، وقد تقدم بيان ذلك .

١٥٧ - التأشير على سفر في حيازة المدين في التقنين المدني السابق :

قدمنا أن المادة ٢٣٠/٢٩٥ من التقنين المدني السابق كانت تنص على أن « التأشير على سند الدين بما يفيد براءة المدين منه يكون حجة على الدائن ولو لم يكن ممضى منه ، إلا إذا أثبت الدائن خلاف ذلك » . وكان بعض الفقهاء في مصر^(١) يذهب إلى أن هذا النص يشمل الحالتين اللتين وردتا بعد ذلك في المادة ٣٩٩ من التقنين المدني الجديد : حالة التأشير على سند في حيازة الدائن وحالة التأشير على سند في حيازة المدين . ولكن يصعب القول إن المقصود من عبارة « سند الدين » التي وردت في نص التقنين السابق هو سند آخر غير السند الذي يحتفظ الدائن به عادة في حيازته ، وأن هذه العبارة مقصود بها أيضاً « نسخة أصلية

= القرينتين قابلة لإثبات العكس . ومن أجل ذلك لم تنقل هذه العبارة إلى مجموعة الأعمال التحضيرية (انظر في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٥٢ هامش رقم ٣ والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ١٩٤ هامش رقم ٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٩ .

(٢) انظر في هذا المعنى الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات الطبعة الرابعة فقرة ٢٦٦ والطبعة

الخامسة فقرة ٣٠٦ .

أخرى للسند». فالأرجح أن يكون المقصود هو النص على حالة واحدة من الحالتين ، هي حالة التأشير على سند الدين وهو في حيازة الدائن ، وأن الحالة الأخرى قد تركت للقواعد العامة تسرى عليها . ويزيد هذا الترجيح قوة أن نلاحظ أن نص التقنين المدني السابق لم يشترط أن يكون التأشير بخط الدائن ، مع أن قرينة الوفاء في التأشير على سند في حيازة المدين إنما تستمد من أن هذا التأشير يكون بخط الدائن . وهذا الرأي الذي نرجحه هو الرأي الذي سار عليه الفقه في مصر^(١) .

ومن ثم يكون التقنين المدني الجديد قد استحدث حكماً لم يكن موجوداً في التقنين القديم ، بأن جعل للتأشير بخط الدائن على سند في حيازة المدين حجية كاملة ، ولم يقتصر على اعتباره مبدأً ثبوت بالكتابة كما تقضى بذلك القواعد العامة في الإثبات . فاذا أشر الدائن بخطه على سند في حيازة المدين ببراءة ذمته ، فإن كان التأشير قد كتب في تاريخ سابق على يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ فإن التقنين القديم هو الذي يسرى ، ولا يكون هذا التأشير إلا مبدأً ثبوت بالكتابة . أما إذا كان التأشير قد كتب في تاريخ بعد ذلك ، فإن التقنين الجديد يسرى في هذه الحالة ، ويعتبر التأشير دليلاً كاملاً لا حاجة إلى استكمالته بدليل آخر ، على النحو الذي بيناه فيما تقدم .

(١) الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٠١ ص ١٥٢ هامش رقم ٢ —
الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٦٥ ص ١٩٣ .

الباب الثاني

طرق الاثبات ذات القوة المحدودة

البيئة والقرائن القضائية

١٥٨ — طرق الاثبات ذات القوة المحدودة — البمين المتتممة

(إمالة) : قدمنا أن طرق الإثبات ذات القوة المحدودة هي البيئة والقرائن القضائية واليمين المتتممة .

ونبادر إلى القول إن اليمين المتتممة ، لشدة اتصالها باليمين الحاسمة ، ستعالج معها في موضع آخر . ونستبقى هنا للبحث البيئة والقرائن القضائية .

١٥٩ — تعادل البيئة والقرائن القضائية من حيث قوة الإثبات :

وقد جعل القانون البيئة والقرائن القضائية طريقين متعادلين من حيث قوتهما القانونية في الإثبات . فما يمكن إثباته بأحد الطريقين يستطاع إثباته بالطريق الآخر . وكلا الطريقين أضعف من الكتابة ذات القوة المطلقة في الإثبات .

وقد رأينا أن البيئة والقرائن القضائية لا تكون طرقاً أصلية في الإثبات إلا في نطاق محدود . وتكون ، غير ذلك ، طرقاً تكميلية عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، وطرقاً بدلية عند وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي أو يحول دون تقديمه بعد الحصول عليه .

ويتبين من كل ذلك أن البيئة والقرائن ذات قوة محدودة في الإثبات . فنبحث أولاً ماهي البيئة والقرائن . ثم نبين بعد ذلك قوتها المحدودة .

الفصل الأول

البينة والقرائن القضائية

الفرع الأول

البينة

(أو الشهادة)

١٦٠ — **معناه للبينة** : البينة لها معنيان : (١) معنى عام ، وهو الدليل أيا كان ، كتابة أو شهادة أو قرائن . فإذا قلنا : البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، فانما نقصد هنا البينة بهذا المعنى العام . (٢) معنى خاص ، وهو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة . وقد كانت الشهادة في الماضي هي الدليل الغالب ، وكانت الأدلة الأخرى من النادرة إلى حد أنها لا تذكر إلى جانب الشهادة ، فانصرف لفظ « البينة » إلى الشهادة دون غيرها . ونقصد هذا المعنى الخاص عندما نقول : مالا تزيد قيمته على عشرة جنهات يجوز إثباته بالبينة والقرائن . وإذا قلنا البينة ، فانما نقصد معناها الخاص ، ونقصرها على الشهادة . ونتكلم هنا : (أولاً) في أنواع البينة . (ثانياً) في سلطة القاضي الواسعة في تقدير البينة . (ثالثاً) في القواعد التي تتبع في سماع البينة .

المبحث الأول

أنواع البينة

١٦١ — **الشهادة (témoignage)** : الأصل في الشهادة أن تكون شهادة مباشرة ، فيقول الشاهد ما وقع تحت بصره أو سمعه . فالذي يميز الشاهد إذن هو أنه يشهد على وقائع عرفها معرفة شخصية (ex propriis sensibus) . وهو يحصل

معرفة الشخصية للواقعة ، إما لأنه رآها بعينه ، كما إذا كان قد شهد حادثاً من حوادث السيارات فجاء إلى مجلس القضاء يشهد بما رأى . وإما لأنه سمعها بأذنه ، كما إذا كان قد حضر مجلس العقد وسمع البائع يتعاقد مع المشتري ، فجاء إلى مجلس القضاء يشهد بما سمع . وإما لأنه رأى وسمع ، كما إذا سمع المقرض يتعاقد مع المقرض ورآه يعطيه مبلغ القرض^(١) .

وتكون الشهادة عادة شفوية ، يدلى بها الشاهد في مجلس القضاء مستمداً إياها من ذاكرته . وقد نصت المادة ٢١٦ من تقنين المرافعات على أن « تؤدي الشهادة شفاهاً ، ولا تجوز الاستعانة بمفكرات مكتوبة إلا باذن المحكمة أو القاضي المنتدب ، وحيث تسوغ ذلك طبيعة الدعوى » . ومع ذلك فقد نصت المادة ٢٠٥ من تقنين المرافعات على أن « من لا قدرة له على الكلام يؤدي الشهادة ، إذا أمكن أن يبين مراده ، بالكتابة أو بالإشارة » .

ويدعى الشاهد عادة إلى مجلس القضاء ليقول ما رآه أو سمعه من الوقائع المتعلقة بالدعوى . ومع ذلك قد يكتفى ، في ظروف استثنائية ، بتلاوة شهادته المكتوبة أو بضم هذه الشهادة المكتوبة إلى ملف القضية للاعتداد بها^(٢) .

وإذا كانت الشهادة المباشرة هي الصورة الغالبة للشهادة ، فانه يوجد مع ذلك إلى جانبها : (١) الشهادة السماعية (témoignage indirect) (٢) والشهادة بالتسامع (commune renommée) (٣) والشهادة بالشهرة العامة (acte de notoriété)

١٦٢ - الشهادة السماعية : أى الشهادة غير المباشرة ، وتسمى أيضاً

- (١) والفرق بين الشهادة والإقرار أن الشهادة هي اخبار الإنسان بحق لغيره على غيره ، أما الإقرار فاخبار الإنسان بحق لغيره على نفسه . وتختلف الدعوى عنهما بأنها إخبار الإنسان بحق لنفسه على غيره (طرق القضاء في الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٢٨٢) .
- (٢) ومن ذلك أن يضم تحقيق جنائي إلى ملف قضية مدنية ، ويعتد بما ورد مكتوباً في التحقيق الجنائي من شهادة الشهود (بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٢٤٦) . أما نقل الكلام بآلة مسجلة (dictaphone) فقد رفض القضاء المصري والفرنسي قبوله في مقام الشهادة (بيدان وپرو ٩ ص ٣٣١ هامش رقم ١ - انسيكلو بيدي دالوز ٤ لفظ preuve فقرة ٨٧١ - فقرة ٨٧٢) .

بالشهادة في الدرجة الثانية^(١) (témoinage du second degré). وتختلف عن الشهادة الأصلية أو الشهادة المباشرة أو الشهادة في الدرجة الأولى - وهي الشهادة التي سبق ذكرها - في أن الشاهد هنا يشهد بما سمع رواية عن غيره ، ومن ثم كانت الشهادة سماعية .

والشاهد ، سواء كانت شهادته أصلية أو سماعية ، يشهد عن واقعة معينة بالذات . ولكنه في الشهادة الأصلية يشهد أنه رأى هذه الواقعة بعينه إن كانت مما يرى ، أو سمعها بأذنه إن كانت مما يسمع . أما في الشهادة السماعية ، فهو يشهد أنه سمع الواقعة يرويها له شاهد يكون هو الذي رآها بعينه أو سمعها بأذنه . مثل ذلك أن يشهد شخص أمام القضاء أنه سمع شخصاً آخر يروي له حادث السيارة وقد رآه بعينه ، أو سمع شخصاً آخر يروي له التعاقد على البيع أو على القرض وقد سمعه بأذنه . فالشهادة السماعية هي إذن شهادة على الشهادة^(٢) .

والشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية^(٣) . ويقدر القاضي قيمتها كما يقدر الشهادة الأصلية . وقد يراها تعدل الشهادة الأصلية في القيمة . ولكن الغالب أن تكون الشهادة السماعية دون الشهادة الأصلية من حيث اقتناع القاضي بها^(٤) .

(١) وتسمى في الفقه الإسلامي بالشهادة على الشهادة .

(٢) أو هي شهادة أصلية بشهادة أصلية . ويصح أن تكون شهادة سماعية بشهادة أصلية ، فيقول الشاهد إنه سمع فلاناً يروي عن فلان واقعة معينة بالذات . واقتناع القاضي بمثل هذه الشهادة أشق بكثير من اقتناعه بشهادة أصلية على شهادة أصلية .

(٣) قارن الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٧٩ والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٨٥ ص ٢٣٠ - والشهادة على الشهادة في الفقه الإسلامي لا تجوز إلا بالإنابة والتحميل . جاء في فتح القدير (جزء ٦ ص ١٨) : « فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء لم يجوز أن يشهد على شهادته ، إلا أن يشهده ذلك الشاهد على شهادة نفسه ، لأن الشهادة غير موجبة بنفسها بل بالنقل إلى مجلس القضاء ، فلا بد من الإنابة والتحميل . ولهذا لو سمعه يشهد شاهداً على شهادته ، لم يسمع السامع أن يشهد ، لأنه ما حملة وإنما حمل غيره . وهذا الإطلاق يقتضي أنه لو سمعه يشهد في مجلس القاضي ، حل له أن يشهد على شهادته لأنها حينئذ ملزمة » .

(٤) أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٩ ص ٩٥٩ . ويجب على كل حال التحدي بعدم قبول الشهادة السماعية ، إن كان لذلك وجه ، أمام محكمة الموضوع ، فلا يجوز التمسك بذلك أمام محكمة النقض لأول مرة . وقد قضت محكمة النقض بأن القول بأن شهادة شاهد سماعية فهي غير مقبولة رغم أخذ الحكم الابتدائي بها - هذا القول لا يصح التمسك =

١٦٣ - الشهادة بالتسامع : والشهادة بالتسامع غير الشهادة السماعية.

فهى شهادة بما تتسامعه الناس (oui - dire) ، لا تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات ، بل على رأى الشائع فى جماهير الناس عن هذه الواقعة . وقد رأينا الشهادة السماعية تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات ، ولكن لا على أن الشاهد رآها بعينه أو سمعها بأذنه ، بل على أنه سمعها تروى له ممن رآها بعينه أو سمعها بأذنه . فالشهادة السماعية يمكن إذن تحرى مبلغ الصدق فيها ، وصاحبها يحمل مسئولية شخصية فيما سمعه بنفسه عن غيره من الرواية عن واقعة معينة بالذات . أما الشهادة بالتسامع فصاحبها لا يروى عن شخص معين ولا عن الواقعة بالذات ، بل يشهد بما تتسامعه الناس عن هذه الواقعة وما شاع بين الجماهير فى شأنها ، فهى غير قابلة للتحرى ولا يحمل صاحبها مسئولية شخصية فيما شهد به^(١) .

ومن ثم كانت الشهادة بالتسامع غير مقبولة إلا فيما نص عليه القانون . وقد نص التقنين المدنى الفرنسى على قبول الشهادة بالتسامع فى حالتين : (١) حالة الزوجة ، بعد انتهاء النظام المشترك للأموال (communauté) بينها وبين زوجها ، وهى تريد تمييز مالها الخاص (patrimoine propre) عن المال المشترك (patrimoine commun) ، وذلك إذا لم يوجد محضر جرد (م ١٤١٥ وم ١٥٠٤ مدنى فرنسى) . (٢) حالة ورثة أى من الزوجين ، بعد موته ، يريدون تحديد المال المشترك (patrimoine commun) فى مواجهة الزوج الآخر الذى ظل باقياً على قيد الحياة ، وذلك أيضاً إذا لم يوجد محضر جرد (م ١٤٤٢ مدنى فرنسى) . ويذهب فريق من الفقهاء الفرنسيين إلى قصر قبول الشهادة بالتسامع على هاتين

= به أمام محكمة النقض ما لم يسبق التحدى به لدى محكمة الموضوع (نقض مدنى ٢٩ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٦ ص ٤٧١) .

(١) بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٤٩ - فحل الشهادة بالتسامع ليس فى الحقيقة الواقعة المراد إثباتها ، بل محلها رأى الناس فى هذه الواقعة وما شاع بين الجماهير فى شأنها . ورأى الناس قد يكون له أثر فى موضوع الحق نفسه ، ومن ثم كان هو ذاته محلاً للإثبات لا طريقاً فى الإثبات . فهناك إذن ضرب من التحويل (déplacement) فى محل الإثبات ، ينقل الإثبات من محله الأصل إلى محل بديل عنه (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٤ ص ٩٦٤ - انظر أيضاً أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦١ هامش رقم ١٤ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٤٨) .

الحالتين دون غيرهما^(١). ويرى بعض آخر أن يقيس عليهما كل حالة أخرى يراد فيها إثبات منقولات بأعيانها في مواجهة من كان مكلفاً بحصرها في محضر جرد وقصر في ذلك^(٢). أما في مصر فالقضاء المختلط كان بوجه عام لا يقبل الشهادة بالتسامع في المسائل المدنية^(٣). أما في المسائل التجارية ، وكذلك في الأحوال التي يقبل فيها الإثبات بالبيئة أو بالقرائن ، فتقبل الشهادة بالتسامع على سبيل الاستثناس وباعتبار أنها مجرد قرينة بسيطة لا يؤخذ بها إلا في كثير من الحذر والاحتياط^(٤). وفي الفقه الإسلامي لا تقبل الشهادة بالتسامع إلا في مسائل معينة ، عدوا منها خمساً هي الشهادة بالنسب وبالموت وبالنكاح وبالدخول وبولاية القاضي ، ثم أضافوا إليها خمساً هي أصل الوقف وشرائطه والعقود والولاء والمهر^(٥). ولا نرى ما يمنع من الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي في هذه المسألة تطبيقاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدني ، وهي تقضى بأنه

(١) بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش رقم ١٧ - لوران ٥ فقرة ١١ - بودري وبارد ٤ فقرة ٢٦٥١ مكررة ص ٤٠٢ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٤ ص ٩٦٤ - ص ٩٦٥ .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٠٣ - ص ٣٠٤ - توليه ٢ فقرة ١١٩٧ - ماركادي ٢ فقرة ٢٥٠ - بوتيه فقرة ٢٤٢ - ديمولوب ٧ فقرة ٥٦٩ و ٣٠ فقرة ٢٢٥ - قارن بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٤٨ .

(٣) استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٨١ - ٨ يونية سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٥٣ .

(٤) استئناف مختلط ١٧ يونية سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٩٤ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٥ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٦ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٢٣ .

(٥) وقد جاء في البدائع (جزء ٦ ص ٢٦٦ - ص ٢٦٧) في صدد الشهادة بالتسامع ما يأتي : « الثالث (من شروط تحمل الشهادة) أن يكون التحمل بمعينة المشهود به بنفسه لا بغيره ، إلا في أشياء مخصوصة يصح التحمل فيها بالتسامع من الناس لقوله عليه الصلاة والسلام للشاهد إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فده ، ولا يعلم مثل الشمس إلا بالمعينة بنفسه . فلا تطلق الشهادة بالتسامع إلا في أشياء مخصوصة . وهي النكاح والنسب والموت . فله تحمل الشهادة فيها بالتسامع من الناس وإن لم يعاين بنفسه ، لأن مبنى هذه الأشياء على الاشتهار فقامت الشهرة فيها مقام المعينة . وكذا إذا شهد العرس والزفاف يجوز له أن يشهد بالنكاح لأنه دليل النكاح . وكذا في الموت إذا شهد جنازة رجل أو دفنه حل له أن يشهد بموته . واختلفوا في تفسير التسامع ، فعند محمد رحمه الله هو أن يشهر ذلك ويستفيض وتتواتر به الأخبار عنده من غير تواطؤ ، لأن الثابت بالتواتر والمحسوس بحس البصر والسمع سواء ، فكانت الشهادة بالتسامع =

« إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية » .

== شهادة عن معاينة . فعلى هذا إذا أخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان لا يحل له الشهادة ما لم يدخل في حد التواتر . وذكر أحمد بن عمرو بن مهران الحصاف أنه إذا أخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان أن هذا ابن فلان أو امرأة فلان يحل له الشهادة بذلك ، استدلالاً بحكم الحاكم وشهادته ، فإنه يحكم بشهادة شاهدين من غير معاينة منه بل بخبرهما ويجوز له أن يشهد بذلك بعد العزل ، كذا هذا . ولو أخبره رجل أو امرأة بموت إنسان حل للسامع أن يشهد بموته . فعلى هذا يحتاج إلى الفرق بين الموت وبين النكاح والنسب . ووجه الفرق أن مبنى هذه الأشياء وإن كان على الاشتهار إلا أن الشهرة في الموت أسرع منه في النكاح والنسب ، لذلك شرط العدد في النكاح والنسب لا في الموت . لكن ينبغي أن يشهد في كل ذلك على الثبات والقطع دون التفصيل والتقييد بأن يقول إني لم أعاين ذلك ولكن سمعت من فلان كذا وكذا ، حتى لو شهد كذلك لا تقبل . وأما الولاء فالشهادة فيه بالتسامع غير مقبولة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وهو قول أبي يوسف رحمه الله الأول ثم رجع وقال تقبل وأما الشهادة بالتسامع في الوقف فلم يذكره في ظاهر الرواية ، إلا أن مشايخنا الحقوه بالموت لأن مبنى الوقف على الاشتهار أيضاً كالموت فكان ملحقاً به . وكذا يجوز الشهادة بالتسامع في القضاء والولاية ، أن هذا قاضي بلد كذا ووالى بلد كذا وإن لم يعاين المنشور ، لأن مبنى القضاء والولاية على الشهرة فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة .

وجاء في فتح القدير (جزء ٦ ص ٢٠ - ص ٢١) : « ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه أي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين أو السماع إلا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي ، فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأمور إذا أخبره بها من يثق به من رجلين عدلين أو رجل وأمرتين . ويشترط كون الإخبار بلفظ الشهادة ، وفي الموت إذا قلنا يكتفى الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق ، أو بتواتر الخبر بذلك . . . وجه الاستحسان أن العادة جارية بذلك ، وذلك بسبب أنه لا طريق إلى معرفة هذه الأشياء سوى الخبر ، إذ لم تجر العادة بحضور الناس الولادة وإنما يرون الولد مع أمه أو مرضعته وينسبونه إلى الزوج فيقولون هو ابن فلان ، وكذا عند الموت لا يحضره غالباً إلا الأقارب فإذا رأوا الجنازة والدفن حكموا بموت فلان ، وكذا النكاح لا يحضره كل أحد وإنما يخبر بعضهم بعضاً أن فلاناً تزوج فلانة ، وكذا الدخول لا يعلم إلا بأمارات . . . وكذا ولاية السلطان للقاضي لا يحضرها إلا الخواص وإنما يحضرون جلوسه ونصديه للأحكام . . . وينبغي أن يطلق أداء الشهادة ، فيشهد أنه ابنه أو أمير أو قاض . أما إذا فسر للقاضي أنه شهد عن تسماع بين الناس لم تقبل شهادته » . ويقول الأستاذ أحمد إبراهيم في « طرق القضاء في الشريعة الإسلامية » (ص ٣٠٦) : « أقول والظاهر أنه حيث أجاز للشاهد أن يشهد بالسماع في المواضع التي بينها وجب أن يقضى بشهادته إذا فسر ، وإلا كان في المقام ما يشبه التناقض ، ولا معنى لبقاء القضاء في مثل هذا على القياس والأخذ في الشهادة بالاستحسان ، وكل ما في الأمر أنهم يريدون تحميل الشاهد عبء ما شهد به ولا يحملون القاضي ذلك ، لكن ما أجازوه فيها كان ينبغي أن يميزوه فيه منعاً للتدافع ، ولا معنى لهذا الهروب من أمر قرره واعترفوا به » .

وإذا قبلت الشهادة بالتسامع ، فهي كالشهادة الأصلية والشهادة السماعية تخضع في سماعها للقواعد التي تخضع لها الشهادة بوجه عام (١) .

١٦٤ — الشهادة بالشهرة العامة : أما الشهادة بالشهرة العامة فليست بشهادة بالمعنى الصحيح . بل هي ورقة مكتوبة ، تحرر أمام جهة رسمية ، تدون فيها وقائع معينة ، تشهد بها شهود يعرفون هذه الوقائع عن طريق الشهرة العامة . وفي مصر يمكن اعتبار إعلام الوراثة ومحضر حصر التركة وتقرير غيبة المفقود من قبيل هذه الأوراق . فهي تحرر أمام جهات رسمية ، المحكمة الشرعية أو مندوب من المحكمة الحسبية أو غير ذلك ، وتدون فيها أسماء الورثة أو أعيان التركة أو واقعة غياب المفقود ، وذلك بناء على شهادة طائفة من الناس يشهدون وفقاً لما عرفوه عن طريق الشهرة العامة .

وفي فرنسا ينص القانون على جواز استعمال مثل هذه الأوراق كأدلة . من ذلك أنه إذا تعذر على أحد الزوجين عند عقد زواجه أن يحصل على شهادة ميلاده ، كان له أن يقدم عوضاً عنها شهادة تحمل اسمه ولقبه وصناعته ومحل

= وأوصل ابن جزى في القوانين الفقهية (ص ٣١٣) المسائل التي يجوز فيها قبول الشهادة بالتسامع إلى عشرين ، فقال : « تجوز الشهادة بالسمع الفاشي في أبواب مخصوصة ، وهي عشرون : النكاح ، والرضاع ، والحمل ، والولادة ، والموت ، والنسب ، والولاء ، والحرية ، والأحباس ، والضرر ، وتولية القاضي ، وعزله ، وترشيد السفه واليتيم ، والوصية وأن فلاناً وصي ، والصدقات المتقدمة ، والأشربة المتقدمة ، والقسامة ، والإسلام ، والعدالة ، والجرح . ولا تجوز الشهادة بالسمع الفاشي في إثبات ملك لطالبه ، وإنما تجوز للذي هو في يديه بشرط حوزة له سنين كثيرة الأربعين والخمسين » .

هذا ويعرف الفقه الإسلامي ، إلى جانب الشهادة بالتسامع ، شهادة التواتر . وهي « خبر جماعة يقع العلم بخبرهم ... لا يتصور اتفاقهم على الكذب . وليس للتواتر عدد معين على الصحيح ، وإنما الشرط أن يكون المخبرون جمعاً لا يجوز العقل اتفاقهم على الكذب . ولما كان التواتر يفيد علم اليقين ، فلا تقام بينة على خلافه ، لأن البيانات ظنية يدخلها الشك بخلاف التواتر ، سواء أكان المستند إلى التواتر مدعياً أو مدعى عليه ، وسواء أكان مثبتاً أم نافياً ، وسواء أكان في الأموال أم الحدود أم القصاص ، وسواء أكان قبل الحكم أم بعده ، ذلك لأن التواتر حجة في النفي والإثبات لإفادته القطع واليقين » (الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاة ص ٢٩) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٤ ص ٩٦٥ وهامش رقم ٢ .

إقامته وتاريخ ميلاده بقدر الإمكان وغير ذلك من البيانات بناء على أقوال شهود ثلاثة يعرفون ذلك عن طريق الشهرة العامة ويدلون بشهادتهم عنها أمام قاضي الصلح (انظر م ٧١ من التقنين المدني الفرنسي) . ومن ذلك أيضاً إجراءات إعلان غيبة المفقود ، تتضمن تحقيقاً تأمر المحكمة بأجرائه في مواجهة النيابة العامة ، قد تسمع فيه شهود يدلون بما عرفوه من طريق الشهرة العامة عن ظروف اختفاء المفقود ، ثم يصدر بعد ذلك حكم بإعلان غيبته^(١) . ويكشف العمل في فرنسا عن كثرة الأحوال التي يلتجأ فيها إلى الحصول على وثائق تقوم على أساس الشهادة بالشهرة العامة ، وذلك فوق الأحوال التي نص عليها القانون . مثل ذلك الإعلام بثبوت الورثة بدون فيه عدد الورثة وصفاتهم إذا لم يوجد محضر جرد . ومثل ذلك أيضاً الشهادة التي تسجل أن الميت قدم مات دون وارث له حق محفوظ في التركة (héritier à réserve)^(٢) .

فالشهادة بالشهرة العامة تفترض وجود موظف عام ، موثق أو قاض أو نحو ذلك ، تدلى أمامه الشهود بمعلوماتهم عن الواقعة المراد إثباتها . ويجب أن يكون للشهود معرفة شخصية بهذه الواقعة ، ولكن لا عن طريق محدد ، بل عن طريق الشهرة العامة^(٣) . فالمعرفة الشخصية بالواقعة ، لا الشهرة العامة في ذاتها ، هي التي تقوم عليها قوة الإثبات في هذه الشهادة . والشهرة العامة إنما تجعل منها شهادة جماعية (témoignage collectif) عن طريق تحقيق سريع أمام قاض أو موظف عام بإجراءات لا تختلف إلا من ناحية الشكل عن إجراءات التحقيق المعتاد^(٤) . وللشهادة بالشهرة العامة قوة في الإثبات يحددها القانون في كل حالة على حدة .

(١) انظر المواد ١١٥ — ١١٩ من التقنين المدني الفرنسي — وانظر في مثل ثالث المادة ٥٠٧ من هذا التقنين .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٣ ص ٩٦٣ — ص ٩٦٤ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٥٠ .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٣ ص ٩٦٣ — ص ٩٦٤ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٥٠ .

(٤) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٣ ص ٩٦٣ — ص ٩٦٤ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٥٠ .

المبحث الثاني

سلطة القاضي الواسعة في تقدير البيئة

١٦٥ - البيئة أضعف من الكتابة : قدمنا أن الشهادة كانت في الماضي من أقوى الأدلة ، بل كانت هي الدليل الغالب في وقت لم تكن فيه الكتابة منتشرة ، وكانت الأمية متفشية ، وكان العلم بالرواية واللسان لا بالكتابة والقلم ، حتى كانت الشهادة هي التي تستأثر باسم « البيئة » دلالة على أن لها المقام الأول في البيئات^(١) . فلما انتشرت الكتابة ، وتقلص ظل الأمية ، بدأت الكتابة تسود ، ثم أخذت المكان الأول في الإثبات ، ونزلت البيئة إلى المكان الثاني لما تنطوى عليه من عيوب ظاهرة . فالبيئة تقوم على أمانة الشهود ، والشهود حتى إذا هم لم يكذبوا معرضون للنسيان ، ثم إن الدقة تنقصهم . هذا إلى أنه إذا أفسح المجال للإثبات بالبيئة ، وأصبح اعتماد القضاء عليها ، كثرت القضايا الكيدية لسهولة الحصول على شهود زور يشهدون بالباطل . أما الكتابة فكفتها راجحة ، ومتى كانت بعيدة عن التزوير ، فهي أدق أداء وأكثر ضبطاً للوقائع . ثم هي لا يرد عليها النسيان ، فهي دليل هيء مقدماً ليحيط بالواقعة المراد إثباتها إحاطة شاملة ، لأنها إنما أعدت لهذا الغرض^(٢) .

(١) ودرج المثل ، في القانون الفرنسي القديم ، أن الشهادة فوق الكتابة (témoins passent lettre) .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦١ ص ٢٩٨ — على أن هناك اتجاها في العصر الحاضر من شأنه أن يرد للبيئة اعتبارها . ففي التقنيات الجرمانية (تقنين المرافعات الألماني وتقنين المرافعات السويسري) وفي بعض التقنيات اللاتينية (التقنين الملحق البرتغالي م ٢٥٠٦ — ٢٥٠٨ والتقنين الملحق الأسباني م ١٢٤٤ — ١٢٤٨ يجوز ، في المسائل المدنية على غرار المسائل التجارية ، الإثبات بالبيئة حيث يجوز الإثبات بالكتابة . ويذهب بعض كبار الفقهاء من أمثال تالير (الإفلاس في القانون المقارن ١ ص ١٦٠) إلى تحييد هذا الاتجاه (انظر عكس ذلك كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٧٦٦ ص ٥١٢ هامش رقم ٢ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٥٢) . والقضاء الفرنسي ذاته ، في خلال القرن الأخير ، يسير هذه النزعة ، فيتوسع في قبول البيئة عن طريق التوسع في تفسير معنى « مبدأ الثبوت بالكتابة » ومعنى « تعذر الحصول على الكتابة » (بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٥٠ ص ٢١٨ وهامش رقم ٤) .

من أجل ذلك أنزل القانون البيئة دون منزلة الكتابة ، لا فحسب من ناحية أن جعل البيئة ذات قوة محدودة في الإثبات ، بل أيضاً بأن جعل للقاضي بالنسبة إلى البيئة سلطة تقدير واسعة ، هي أكبر بكثير من سلطته بالنسبة إلى الكتابة^(١) . فالقاضي ينظر ، أولاً ، هل الإثبات بالبيئة في الأحوال التي يجيزها القانون مستساغ ؟ فإذا كان مستساغاً نظر ، ثانياً ، هل الوقائع المراد إثباتها بالبيئة متعلقة بالحق المدعى به ومنتجة في إثباته ؟ وهو في ذلك يتمتع بسلطة تقدير أوسع مما له في الإثبات بالكتابة . فإذا ما قدر بعد كل ذلك أن يسمع البيئة ، كان له ، أخيراً ، سلطان واسع في تقدير ما إذا كانت البيئة التي سمعها مقنعة في الإثبات .

١٦٦ - تفسير ما إذا كان الإثبات بالبيئة مستساغاً : قد يكون الإثبات بالبيئة جائزاً قانوناً ، ولكن يبقى بعد ذلك للقاضي سلطة تقديرية في السماح به . فقد يكون في القضية من القرائن والأدلة الأخرى ما يغني عن البيئة . وعلى النقيض من ذلك قد تكون الوقائع المراد إثباتها بعيدة الاحتمال بحيث لا يرى القاضي سبيلاً إلى الاقتناع بالبيئة في إثباتها^(٢) . وقد تكون هذه الوقائع

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى ما يأتي : « وتختلف حجبة البيئة اختلافاً جوهرياً عن حجبة الكتابة . فبينما يعتبر الدليل الكتابي ، تفريراً على تهيئته ، حجة بذاته ، يفرض سلطانه على القضاء ما لم يطمئن فيه بالتزوير أو ينقض باثبات العكس ، تترك البيئة على نقض ذلك لتقدير القاضي ، ويكون له كامل السلطة في تقدير قيمتها ، أيا كان عدد الشهود وأيا كانت صفاتهم ، دون أن يخضع في تقديره هذا لرقابة محكمة النقض ، بيد أن سلطة القاضي في التقدير لا تتناول إلا تعلق البيئة بالوقائع دون جواز قبول الإثبات بمقتضاها ، لأن تعيين حدود هذا الجواز من شأن القانون وحده » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٥ - ص ٣٩٦) .

وفي صدد خفض شأن البيئة يقول فتحي زغلول : « أبغض طرق الإثبات عند الشارع شهادة الشهود » (شرح القانون المدنى ص ٤١٨) .

(٢) وفي الفقه الإسلامى من شروط الشهادة عدم تكذيب الحس لها ، لأن الحس يفيد علماً قطعياً والشهادة تفيد خبراً ظنياً ، والظنى لا يعارض القطعى . فلا تقبل البيئة التي أقيمت على خلاف المحسوس . كالبيئة التي تقوم على موت شخص وحياته مشاهدة ، أو على خراب دار وهي قائمة يشهد العيان بعمراتها (الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٣١٧) . ونصت المجلة في المادة ١٦٩٧ على أنه « لا تقبل البيئة التي أقيمت على خلاف المحسوس ، مثلاً إذا أقيمت البيئة على موت رجل وحياته مشاهدة ، أو على خراب دار وعمرها مشاهدة ، فلا تقبل »

قد طال عليها العهد بحيث يتعذر إثباتها بالبيئة في جميع هذه الأحوال يرى القاضى أن البيئة غير مستساغة ، فلا يسمح بها بالرغم من أن القانون يجيزها في الإثبات (١) .

ومن ثم نرى أنه لا يكفى أن يجيز القانون الإثبات بالبيئة في بعض الأحوال ، بل يجب أيضاً أن يكون الإثبات بالبيئة مستساغاً حسب تقدير القاضى . ولا يخضع

= ولا تعتبر . . ويقول الأستاذ سليم باز في شرح هذا النص (ص ١٠٢١) : وكذا إذا أقيمت البيئة بأن هذا المرعى مخصص منذ القديم لمنافع القرية الفلانية وكانت هذه القرية حديثة العهد ، وبذلك قرار لمحكمة التمييز مؤرخ في ٢٨ أيلول سنة ١٣٠٩ ج . م عدد ٨٢٨ .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦١ ص ٣٠٢ - ص ٣٠٣ — وقد قضت محكمة النقض بأن لمحكمة الموضوع أن ترفض إجراء تحقيق يطلبه الخصوم متى رأت بما لها من سلطة التقدير أنه لا حاجة بها إليه أو أنه غير مجد بالنظر إلى ظروف الدعوى وما هو ثابت فيها من الأدلة والوقائع ، وإنما متى ملزمة إذا رفضت مثل هذا الطلب أن تبين في حكمها لماذا رفضته وأن تكون الأسباب التى بنت عليها اقتناعها من شأنها أن تؤدي إلى ما قضت به (نقض مدنى ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠١ ص ٢٦٥) . أنظر أيضاً : نقض مدنى ٣٠ إبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٣ ص ٣٣٤ (تمسك خصم بعقد ، ثم عدل وتمسك بالتحقيق لإثبات التقادم وتقلب في دفاعه ، فرفضت المحكمة التحقيق) — ٢٤ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠١ ص ٧٤٢ (قضت المحكمة بالقرائن مكتفية بها ، من غير حاجة إلى البيئة) . أنظر كذلك : نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٧ ص ٢٩ — ١٠ نوفمبر ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٠ ص ١٤٠ — ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٢ ص ١٤٢ — ٦ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٣ ص ٨٦٣ — ١٦ إبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٠ ص ١٠٩٦ — ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٩٤ ص ٦٠٧ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٥ ص ٢٧٢ — ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٨ ص ٣٨٢ — ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٤ ص ١٨٩ — ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٦ ص ٣٨٥ .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يسوغ أن يثبت بالبيئة أنه منذ عهد بعيد وفى أيام معينة تعذر إنزال البضاعة بسبب رداءة الجو (أول مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٩) ، أو العبارات التى استعملت في حديث جرى منذ عهد بعيد (٢٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣١٦) ، أو وقائع حدثت منذ تسع سنوات (١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٢١) ، أو حادث وقع منذ ثمانى سنوات (١٠ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٦٣) . ويجوز للقاضى أن يرفض الإحالة إلى التحقيق إذا وجد في القضية عناصر كافية للإثبات تجعل البيئة تزيد لا فائدة منه (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٨) أو يرفض سماع شهود آخرين متى كون عقيدته بعد سماع من سمعهم (استئناف مختلط ٢٩ يونيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٥٧) .
(م ٢١ للوسيط — ج ٢)

القاضي في تقديره هذا لرقابة محكمة النقض^(١).

١٦٧ - تقرير ما اذا كانت الوقائع متعلقة بالحق، ونتيجة في الإثبات:

هنا أيضاً يتمتع القاضي بسلطة تقدير واسعة لا يتمتع بها في الإثبات بالكتابة . ذلك أن الكتابة المعدة للإثبات تشتمل عادة على الوقائع المتعلقة بالحق المدعى به والتي تكون منتجة في الإثبات ، لأنها إنما أعدت للوفاء بهذه الأغراض . فلا يكون هناك للقاضي مجال واسع في تقدير ذلك . أما في الإثبات بالبينه فيتسع المجال للقاضي في تقدير ما إذا كانت الوقائع التي استدعيت الشهود من أجلها متعلقة بالدعوى ومنتجة في الإثبات . فإن الغالب أن تكون الشهود لم تعد للشهادة من قبل ، فاذا توخوا الأمانة في شهادتهم فهم لا يشهدون إلا على الوقائع التي يتفق أن يكونوا قد رأوها أو سمعوها ، وهذه الوقائع قد تكون متعلقة بالحق المدعى به ، وقد لا تكون متعلقة به . وإذا كانت متعلقة ، فقد تكون منتجة في الإثبات أو لا تكون . كل هذا متروك لتقدير القاضي ، وهو في هذا التقدير يتمتع بسلطة واسعة لا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض^(٢) ، كما قدمنا عند الكلام في الشروط الواجب توافرها في الواقعة التي تكون محلاً للإثبات .

١٦٨ - تقرير ما اذا كانت البينة كافية : ثم إن القاضي ، إذا رأى

الإثبات بالبينه مستساغاً ، وقدر أن الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالحق المدعى به ومنتجة في الإثبات ، وسمع الشهود في هذه الوقائع ، فإن له بعد ذلك كله سلطة واسعة في تقدير ما إذا كانت شهادة هؤلاء الشهود كافية في إثبات هذه الوقائع . وهو في ذلك لا يتقيد بعدد الشهود ، ولا بجنسهم ، ولا بسنهم . فقد يقنعه شاهد واحد ، ولا يقنعه شاهدان أو أكثر . وقد يصدق المرأة ، ولا يصدق الرجل .

(١) ولكن يجب أن تكون هناك أسباب كافية لتبرير هذا التقدير ، ويكون التسبيب قاصراً إذا لم يواجه دفاع الخصم ولم يحققه مع حاجته إلى التحقيق (نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٢ ص ٨٣) . ولا يجوز أن يكون مجرد التخوف من فساد ذمة الشهود سبباً في حرمان مدعى الحق من إثبات دعواه بالبينه (استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماه ٢٠ رقم ١٦٩ ص ٤٥٥) .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦١ ص ٣٠١ - ص ٣٠٢ .

وقد تكون شهادة صبي صغيراً أبلغ في إقناعه من شهادة رجل كبير^(١) .
وقد كان للشهادة في القديم نصاب محدد : رجلان ، أو رجل وامرأتان ،
أو شهود أربعة ، أو نحو ذلك^(٢) . فزال هذا النصاب ، لا في المسائل الجنائية
فحسب ، بل أيضاً في المسائل المدنية والتجارية . وكذلك زالت ضرورة تركبة
الشهود ، فلم يعد الشاهد يزكيه شاهد آخر ، بل الذي يزكيه هو مبلغ ما يبعثه
في نفس القاضي من الاطمئنان إلى دقته ، والثقة في أمانته^(٣) .

(١) ولم يكن الأمر على هذا النحو في القانون الفرنسي القديم . فقد كانت شهادة الواحد
لا تكفى ، ويقول لوازيل Loisel في هذا المعنى : Testis unus, testis nullus - Voix
d'un, voix de nun (Institutes coutumières, liv. V; tit. V; régl. 10) .

(انظر أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦١ هامش رقم ٨) .
(٢) ونرى ذلك واضحاً في الفقه الإسلامي . قال ابن جزى في القوانين الفقهية في مراتب
الشهادات والشهود : «أما الشهادة فهي على ست مراتب : (الأولى) شهادة أربعة رجال وذلك
في الشهادة على الرؤية في الزنا بإجماع . (والثانية) شهادة رجلين وذلك في جميع الأمور سوى
الزنا . و(الثالثة) شهادة رجل وامرأتين وذلك في الأموال بخاصة دون حقوق الأبدان والنكاح
والعتق والدماء والجراح وما يتصل بذلك كله . واختلف في الوكالة على المال ، وأجازها
أبو حنيفة في النكاح والطلاق والعتق ، وأجازها الظاهرية مطلقاً . و(الرابعة) شهادة امرأتين
دون رجل وذلك فيما لا يطلع عليه الرجال كالحمل والولادة والاستهلال وزوال البكارة
وعيوب النساء ، وقيل إنما يعمل بها بشرط أن يفشو ما شهدتا به عند الجيران وينتشر ، وقال
الشافعي لا بد من أربع نوة ، وأجاز أبو حنيفة شهادة امرأة واحدة . و(الخامسة) رجل مع
يمين وذلك في الأموال خاصة . و(السادسة) امرأتان مع يمين وذلك في الأموال أيضاً . فتلخص
أن شهادة رجل وامرأتين أو رجل ويمين أو امرأتين ويمين مختصة بالأموال . وأما مراتب
الشهود فهي أيضاً ست : (الأولى) العدل المبرز في العدالة فتقبل شهادته في كل شيء ولا يقبل
فيه التجريح إلا بالعداوة . و(الثانية) العدل غير المبرز فتقبل شهادته في كل شيء ويقبل فيه
التجريح بالعداوة وغيرها . و(الثالثة) الذي تتوسم فيه العدالة . و(الرابعة) الذي لا تتوسم فيه
العدالة ولا الجرح . و(الخامسة) الذي تتوسم فيه الجرح . فلا تقبل شهادة هؤلاء الشهود
دون تزكية . و(السادسة) المعروف بالجرح فلا تقبل شهادته حتى يزكى ، وإنما يزكيه من علم
توبته ورجوعه عما جرح به (القوانين الفقهية لابن جزى ص ٣٠٩ — ص ٣١٠) .

(٣) أنظر نقض مدني ٢ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧٦ ص ٢٨٩
(الاطمئنان إلى صدق الشاهد مرده إلى وجدان القاضي) — ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام
النقض ٣ رقم ٦٤ ص ٣٧٩ (تقدير أقوال الشهود مرهون بوجدان القاضي ، إلا أن يخرج
بهذه الأقوال إلى ما لا يؤدي إليه مدلولها) — ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض
٤ رقم ٧٣ ص ٥٠٠ (تستطيع محكمة ثاني درجة أن تستخلص من أقوال الشهود ما يفاير
ما استخلصته منها محكمة الدرجة الأولى) — ٢٣ إبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤
رقم ١٢٦ ص ٩١٦ (ترجيح شاهد على شاهد هو من إطلاقات قاضي الموضوع) .

والقاضي يقدر ما إذا كانت البيئة كافية . وله في ذلك سلطان كامل ، لا يخضع هنا أيضاً لرقابة محكمة النقض^(١) .

ويتبين مما تقدم أن البيئة حجة ليست مقيدة فحسب ، بل هي أيضاً غير ملزمة وغير قاطعة . ولكنها حجة متعدية ، أي أن الوقائع التي تثبت بطريقتها تعتبر ثابتة ، لا على من أقيمت في مواجهته فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى جميع من يتأثر بالحكم الذي صدر في الدعوى .

المبحث الثالث

القواعد التي تتبع في سماع البيئة

١٦٩ - من باب قانون المرافعات : أما القواعد التي تتبع في سماع الشهود فهي من مباحث قانون المرافعات . ونجتزئ هنا ببيان كيف تحال القضية إلى التحقيق لسماع الشهود ، وكيف تسمع الشهود ، متوخين الإيجاز .

١٧٠ - كيف تحال القضية إلى التحقيق لسماع الشهود : في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبيئة ، ويرى القاضي أن هذا الإثبات مستساغ على النحو الذي بيناه ، يجوز للمحكمة ، من تلقاء نفسها متى رأت في ذلك فائدة

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦١ ص ٣٠٢ - بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٨٨ - وقد قضت محكمة النقض بأن للمحكمة كامل الحرية في تقدير الدليل ، ومتى قررت المحكمة إحالة الدعوى إلى التحقيق كان لها أن تعتمد في استجلاء الحقيقة على أية قرينة تطرح أمامها ، على أن تورد من الأسباب ما من شأنه أن يؤدي إلى ما قضت به (نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٩ ص ٤٧٨) - انظر أيضاً : نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٢ ص ١٤٢ (جواز الاعتماد على تحقيق إداري في دعوى إجارة بين الحكومة والأفراد) - ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٢ ص ٢٠٠ (جواز الاعتماد على تحقيق أمام المحكمة الابتدائية بعد إلغاء حكمها استئنافياً) - ٢٩ يناير ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٨ ص ٤٠٩ (قصور في استكمال التحقيق) - ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٩ ص ٤٤٥ (قصور في التسيب) - ٨ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٥ ص ٥٦٤ (قصور في التسيب : معانة أجريت ولم تتكلم المحكمة عن نتائجها) . ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٥ ص ١٧١ (قصور التسيب في إثبات مرض الموت) - ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ =

للحقيقة أو بناء على طلب الخصم ، أن تأمر بالإثبات بالبيئة^(١) . والحكم الذي يصدر بإحالة القضية إلى التحقيق لسماع الشهود يجب أن يبين في منطوقه كل واقعة من الوقائع المأمور بإثباتها ، واليوم الذي يبدأ فيه التحقيق ، والميعاد الذي يجب أن يتم فيه (م ١٨٩ - ١٩١ مرافعات) . وهذا هو ما يسمى بالتحقيق الفرعي (enquête incidente) .

١٧١ - كيف نسمع الشهود : يكون التحقيق - سماع الشهود -
أمام المحكمة . ويجوز لها ، إذا خيف التعطيل ، أن تندب أحد قضاتها لإجرائه (م ١٩٣ مرافعات) .

والإذن لأحد الخصوم في إثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق (م ١٩٢ مرافعات) . وفي هذا ضمان كبير اتخذ ضد تحيز الشهود أو ضعف ذاكرتهم أو عدم دقتهم عن طريق إيجاد

= مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣ ص ٧ (الأخذ بشهادة شاهد في طريقة العمل ولو لم تكن له علاقة بالحدث) - ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧١ ص ٢٦٩ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١٧ ص ٤٦٠ - ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣ ص ١٠٨ (الأخذ بأقوال شهود سمعهم الخبير دون حلف يمين) .
على أن القول بأن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تقدير أقوال الشهود مشروط بألا يكون هذا التقدير مبنياً على سبب مخالف للثابت في أوراق الدعوى . وإذن ففي كانت المحكمة ، إذ قضت برد وبطلان العقد المطعون فيه بالتزوير ، قد صرحت بأن سبب عدم اطمئنانها إلى أقوال شهود المدعى عليها في دعوى التزوير هو أن هذه الأخيرة قد سكنت عن الرد على ما جرحت به شهادتهم واستنتجت المحكمة من هذا السكوت صحة هذا التجريح ، وكان الثابت أن الطاعة لم تسكت في الرد على تجريح شهودها ، فإن الحكم يكون مبنياً على سبب لا سند له في الأوراق ، مما يبطله ويستوجب نقضه في هذا الخصوص (نقض مدني ٢٤ يونية سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٥١ ص ٩٨٠) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن للقاضي أن يقضي من تلقاء نفسه بإحالة القضية إلى التحقيق للإثبات بالبيئة إذا رأى وجها لذلك وكان الإثبات بالبيئة جائزاً قانوناً . وعليه في هذه الحالة أن يبين في دقة الوقائع المراد إثباتها ، والخصوم هم الذين يحضرون شهودهم ، إثباتاً ونفياً (١٤ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٠٠) - وقضت أيضاً بأنه يجوز قبول طلب الخصم إحالة الدعوى إلى التحقيق دون أن يبين الوقائع المراد إثباتها ، ما دامت المحكمة تستطيع من تلقاء نفسها أن تفعل ذلك إذا رأت وجه المصلحة فيه (١٨ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧١ - ٣١ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٤) .

ضرب من التوازن بين شهود الإثبات وشهود النفي^(١) . وتقضى المادة ١٩٤ من تقنين المرافعات بأن التحقيق يستمر إلى أن يتم سماع جميع شهود الإثبات والنفي في الميعاد ، ويجرى سماع شهود النفي في نفس الجلسة التي سمعت فيها شهود الإثبات إلا إذا حال دون ذلك مانع . ويلاحظ أن تقنين المرافعات الجديد استوحى نظام المرافعات الشرعية في حصر الدليل ، فأوجب أن يكون للتحقيق ميعاد لا يجوز مده أكثر من مرة واحدة (م ١٩٥ مرافعات) ، ولم يجز سماع شهود بناء على طلب الخصوم بعد إنقضاء ميعاد التحقيق ، وإن جاز ذلك بأمر المحكمة (م ١٩٦ مرافعات)^(٢) .

ولابد من تحليف الشاهد اليمين قبل أداء الشهادة ، وإلا كان التحقيق باطلا (م ٢١٢ مرافعات)^(٣) . وإذا رفض الشاهد الحضور أو امتنع بغير مبرر قانوني عن أداء اليمين أو عن الإجابة ، حكم عليه بغرامة ، ويجوز للمحكمة إصدار أمر باحضاره (م ١٩٩ وم ٢٠١ مرافعات) .

ولا يجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صهرّاً لأحد الخصوم ، إلا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب حادثة أو هرم أو مرض أو لأي سبب آخر (م ٢٠٣ مرافعات) .

وتثبت إجابات الشهود في المحضر . ولا يجوز للشاهد أن يفشى سر وظيفته أو سر مهنته إلا باذن خاص ، ولا لأحد الزوجين أن يفشى سر الزوجية ولو بعد انقضائها بغير رضاء الزوج الآخر (م ٢٠٦ - ٢٠٩ مرافعات) .

وبمجرد انتهاء التحقيق والفراغ من سماع الشهود تحدد أقرب جلسة لنظر

(١) نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٥ ص ١٧١ : أن التحقيق ، وقد كان في خصوص مرض الموت ، لم تتح فيه للمتمسكين بالتصرف فرصة نفى يد المدعى ، والمقرر في الإثبات بالبينة أن يمكن الخصم من نفى الدليل الذي يقدمه خصمه نزولاً على حكم المادة ١٨١ من قانون المرافعات (م ١٩٢ جديد) .

(٢) وقد أورد التقنين المدني العراقي سلسلة من النصوص في القواعد التي تتبع في سماع البينة ، تضاف إلى الأحكام التي قررها قانون أصول المحاكمات الحقوقية . وقد أريد بنصوص التقنين المدني تقريب الشقة ما بين النظرية الغربية في الشهادة ونظرية الفقه الإسلامي (انظر المواد ٤٩٢-٥٠١ من هذا التقنين) .

(٣) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٧٥ .

الدعوى (م ٢٢١ مرافعات)^(١) .

الفرع الثانى

القرائن القضائية

١٧٢ - **النصوص القانونية** : تنص المادة ٤٠٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يترك لتقدير القاضى استنباط كل قرينة لم يقررها القانون . ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا فى الأحوال التى يجيز فيها القانون الإثبات بالبيئة^(٢) » .
ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق . ولكن المادة ٢٨٠/٢١٥ من هذا التقنين كانت تبيح الإثبات بالبيئة وبالقرائن فيما زادت قيمته على عشرة جنيهات . وكذلك كانت المادة ٢٨٢/١١٧ تبيح الإثبات بالبيئة وبالقرائن فيما زادت قيمته على عشرة جنيهات إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة . فدل ذلك على أن البيئة والقرائن متلازمان ، فما يجوز إثباته بالأولى يجوز إثباته بالثانية ، وهذا بالرغم من أن بعض النصوص كانت تكتفى بذكر البيئة دون القرائن (م ٢٢٠ - ٢٢١/٢٨٥ - ٢٨٦) .

(١) انظر فى إجراءات التحقيق بصفة أصلية (enquête principale) المواد ٢٢٢-٢٢٤ من تقنين المرافعات .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٤٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٢٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٧ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال للتحضيرية ٣ ص ٤٢٨ - ص ٤٣٠) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « استلهم المشروع فى هذه المادة أحكام التقنين الفرنسى (م ١٣٥٣) والتقنين الإيطالى (م ١٣٥٤) والتقنين الهولندى (م ١٩٥٩) والتقنين الكندى (م ١٢٤٢) والتقنين التونسى المراكشى (م ٤٤٤/م ٤٠٠) والتقنين الأسبانى (م ١٢٥٣) والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٣٠٥) وبوجه خاص أحكام المادة ٢٥١٩ من التقنين البرتغالى . ويقوم الإثبات بالقرائن غير المقررة فى القانون على تفسير القاضى لما هو معلوم من الأمارات والوقائع تفسيراً عقلياً لتكوين اعتقاده ، من طريق استخلاص الواقعة المجهولة التى يراد إقامة الدليل عليها من مقدمات هذا المعلوم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٨ - ص ٤٥٩) .

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السورى م ٩٢ : وفي التقنين المدنى العراقى المادة ٥٠٥ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٣١٠ ، وفي التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة المادة ٣٩٥ (١) ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٣٥٣ (٢) .

١٧٣ — تعريف القرينة — نوعاه من القرائن : عرفت المادة ١٣٤٩ من التقنين المدنى الفرنسى القرائن بوجه عام بأنها هى « النتائج

(١) نصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ٩٢ : ١ — القرائن القضائية هى القرائن التى لم ينص عليها القانون وأمكن القاضى أن يستخلصها من ظروف الدعوى وأن يقتنع بأن لها دلالة معينة ، ويترك لتقدير القاضى استنباط هذه القرائن . ٢ — لا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية إلا فى الأحوال التى يجوز فيها الإثبات بالشهادة . (ولا خلاف فى الحكم ما بين التقنين المصرى وقانون البينات السورى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٠٥ : ١ — يجوز الإثبات بالقرائن القضائية ، وهى القرائن التى لم ينص عليها القانون وأمكن للمحكمة أن تستخلصها من ظروف الدعوى ، وأن تقتنع بأن لها دلالة معينة . ويترك لتقدير المحكمة استنباط هذه القرائن . ٢ — ولكن لا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية إلا فى الأحوال التى يجوز الإثبات فيها بالشهادة . (فحكم التقنين المدنى العراقى لا يختلف عن حكم التقنين المدنى المصرى) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٣١٠ : إن القرائن التى لم يقرها القانون تترك لبصيرة القاضى ولحكمته . فيجب عليه ألا يقبل منها إلا القرائن الهامة الصريحة المتوافقة ، ولا يسعه قبولها إلا فى الأحوال التى يحيز فيها القانون البيئة الشخصية ، ما لم يكن سبب الطعن فى العقد الاحتيال أو الخداع ، أو تكن القرينة مستندة إلى وقائع يمكن أن تعد تنفيذاً اختياراً كلياً أو جزئياً للموجب المدعى به . (وهذا النص يوافق نص التقنين الفرنسى الذى سأتى ذكره ، ولا خلاف فى الحكم بينه وبين نص التقنين المصرى . ويزيد التقنين اللبنانى أن التنفيذ الاختيارى قرينة على وجود الالتزام) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٣٩٥ : (مطابق لنص التقنين المدنى المصرى) .

(٢) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٥٣ : القرائن التى لم ينص عليها القانون تترك لنظر القاضى وتقديره . ولا يجوز أن يأخذ إلا بقرائن قوية الدلالة ، دقيقة التحديد ، ظاهرة التوافق ، ولا يأخذ بها إلا فى الأحوال التى يحيز فيها القانون الإثبات بالبيئة ، ما لم يظن فى التصرف بالغش أو التدليس .

Art. 1353 : Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol.

التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة ،
“Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu”

فهى إذن أدلة غير مباشرة ، إذ لا يقع الإثبات فيها على الواقعة ذاتها مصدر الحق ، بل على واقعة أخرى إذا ثبتت أمكن أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها . وهذا ضرب من تحويل الإثبات (déplacement de preuve) من محل إلى آخر ، وسنعود إلى ذلك فيما بعد . مثل ذلك أن تكون الزوجية قرينة على الصورية ، فالواقعة المعلومة هى قيام الزوجية بين المتعاقدين ، ويستدل القاضي من هذه الواقعة الثابتة على الواقعة المراد إثباتها ، وهى صورية العقد المبرم ما بين الزوجين . ومثل ذلك أيضاً أن يكون وجود سند الدين فى يد المدين قرينة على الوفاء ، فالواقعة المعلومة هى وجود سند الدين فى يد المدين ، ويستدل القاضي من هذه الواقعة على واقعة الوفاء . ومثل ذلك أخيراً أن يكون التصرف فى مرض الموت قرينة على أن التصرف وصية ، فالواقعة المعلومة هى إبرام التصرف فى مرض الموت ، ويستدل القاضي منها على أن هذا التصرف وصية .

والقرائن ، كما قدمنا ، إما قرائن قانونية أو قرائن قضائية . فالقرائن القانونية (présomptions légales, présomptions de droit) هى التى ينص عليها القانون . وهى ليست طريقاً للإثبات ، بل هى طريق يعنى من الإثبات ، فسنبحثها إذن مع الإقرار واليمين . والقرائن القضائية (présomptions judiciaires, présomptions du fait de l'homme, présomptions simples) هى التى تترك لتقدير القاضي يستخلصها من ظروف القضية وملابساتها ، وهى وحدها موضوع هذا البحث .

ونبحث : (أولاً) عناصر القرينة القضائية وسلطة القاضي فى تقديرها (ثانياً) تكييف القرائن بوجه عام وتحويلها من قرائن قضائية إلى قرائن قانونية .

المبحث الأول

عناصر القرينة القضائية وسلطة القاضي فى تقديرها

١٧٤ - عناصر القرينة القضائية : للقرينة القضائية عنصران :

(١) واقعة ثابتة يختارها القاضي من بين وقائع الدعوى ، وتسمى هذه الواقعة بالدلائل أو الأمارات (indices) . وهذا هو العنصر المادى للقريضة . (٢) عملية استنباط يقوم بها القاضي ، ليصل من هذه الواقعة الثابتة إلى الواقعة المراد إثباتها . وهذا هو العنصر المعنوى للقريضة .

١٧٥ — واقعة ثابتة يختارها القاضي : قد يستخلص القاض الدليل —

إذا لم يوجد إقرار أو يمين أو قريضة قانونية — لا من ورقة مكتوبة ، ولا من بينة تسمع ، ولكن من ظروف القضية وملابساتها ، أو كما يقول التقنين المدنى العراقى (م ٥٠٥) من قرآن يستخلصها من ظروف الدعوى بعد أن يقتنع بأن لها دلالة معينة . وسيله إلى ذلك أن يختار بعض الوقائع الثابتة أمامه فى الدعوى . قد يختارها من الوقائع التى كانت محل مناقشة بين الخصوم . وقد يختارها من ملف الدعوى ، ولو من تحقيقات باطلة . بل قد يختارها من أوراق خارج الدعوى ، كتحقيق إدارى أو محاضر إجراءات جنائية ولو كانت هذه المحاضر قد انتهت بالحفظ (١) .

وقد تكون الواقعة التى اختارها القاضى ثابتة بالبينة (٢) أو بورقة مكتوبة (٣) ،

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٦ ص ٣٨٦ — ص ٣٨٨ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٧ ص ١٠٠٨ — ص ١٠٠٩ — وبذلك يخفف الأخذ بالقرائن القضائية من حدة التنظيم القانونى للإثبات . وإذا أعوز القاضى الدليل من ناحية الشكل لنقص فى شرعيته ، تلمسه من ناحية الموضوع فاعتبره قريضة (بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٩٧ — فقرة ١٢٩٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن للمحكمة أن تستمد من واقع الدعوى ما تراه من القرائن القضائية المؤدية فعلا إلى النتيجة التى تنتهى إليها ، فإذا كانت المحكمة قد حصلت من شهادة شهود المدعى عليه بأنهم لا يعرفون أنه مدين للمدعى إحدى القرائن على صورية الدين المدعى به ، فذلك فى حدود حقها الذى لا رقابة عليه لمحكمة النقض (نقض مدنى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٢ ص ٤٨٥) . وقضت أيضاً بأنه لا تثريب على المحكمة فى تكوين عقيدتها من أقوال شهود سمعوا فى قضية أخرى إن هى أخذت بهذه الأقوال كقريضة وكان الإثبات فى الدعوى مما يجوز فيه قبول القرائن (نقض مدنى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٧ ص ٦١٢) . وقضت كذلك بأن للقاضى أن يستنبط القريضة التى يعتمد عليها من أى تحقيق قضائى أو إدارى ومن شهادة شاهد لم يؤد اليمين أمام النيابة فى التحقيق الذى أجرته ، فلا تثريب على المحكمة إن هى اتخذت من تجهيل المتمسك بالورقة شخصية محررها قريضة تضيفها إلى ما استندت إليه فى قضائها بتزوير هذه الورقة (نقض مدنى ٢ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧٨ ص ٢٩٧) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أشار الحكم إلى كشوف التكاليف وأوراد المال وإلى =

أو يمين نكل الخصم عن حلفها^(١)، أو باقرار من الخصم^(٢)، أو بقرينة أخرى دلت على الواقعة التي تستنبط منها القرينة^(٣)، أو بجملة من هذه الطرق مجتمعة^(٤).

= انتقال تكليف جزء من الأطيان لاسم مورثة المطعون عليهم وقت أن كان مورث الطاعنين عمدة البلدة الواقعة فيها الأطيان موضوع النزاع باعتبارها قرائن تعزز وضع يد المطعون عليهم بنية التملك ، فليس في هذا ما يخالف القانون (نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٩ ص ٧٥٠) . وقضت أيضاً بأنه متى كانت المخالصة التي اعتمد عليها البائعان في إثبات الوفاء بالتزامهما ليست إلا أمراً صادراً إليهما من المشتري بتسليم البضاعة إلى أمين النقل ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قرر أن هذه المخالصة ، وإن كانت قرينة على حصول التسليم ، إلا أنه يصح دحضها بكافة القرائن الأخرى ، فليس فيما قرره ما يخالف قواعد الإثبات (نقض مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٣ ص ٢٠٧) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بألا تثريب على محكمة الموضوع إن هي استخلصت من نكول الطاعن عن اليمين لدى المحكم بألا حق للمطعون عليه في القناة موضوع النزاع ، قرينة على عدم أحقية الطاعن في طلب منع تعرض المطعون عليه ، ومن ثم فإن الطعن على الحكم استناداً إلى أنه أخطأ في تطبيق القانون ، إذ اعتبر أن نكول الطاعن عن هذه اليمين موجب للحكم عليه في حين أنه لم توجه إليه يمين قضائية بالمعنى القانوني - هذا الطعن يكون على غير أساس (نقض مدني ٤ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٢ ص ٢١٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بألا تثريب على محكمة الموضوع إن هي اتخذت من تراخي الطاعن في تسجيل عقد البيع الصادر له من مورثه قرينة ضمن قرائن أخرى على أن العقد صدر في فترة مرض موت البائع وأن تاريخه قدم لسر هذه الحقيقة ، إذ هي لم تتجاوز سلطتها في تقدير الأدلة وفهم الواقع في الدعوى (نقض مدني ٣ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٢٧ ص ٧٩٥) . وظاهر أن تراخي الطاعن في تسجيل العقد أمر معترف به .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يمكن اتخاذ القرائن القوية دليلاً على حصول المصالحة بين الخصوم حتى بعد صدور الأحكام النهائية لمصلحة فريق منهم ، كما لو قام في تنفيذ تلك الأحكام إشكالات معرقة للتنفيذ أولاً ، ثم مر على تلك الأحكام مدة طويلة دون أن يتخذ المحكوم له الإجراءات القانونية لتنفيذها ، مما لا يتصور معه سكوته هذه المدة دون أن يكون هناك صلح (١٥ يونية سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٢٩٧) . فهنا استنبطت المحكمة ، أولاً ، من قيام الإشكالات ومرور مدة طويلة دون أن يتخذ المحكوم له إجراءات التنفيذ ، أنه تنازل عن تنفيذ الحكم الصادر لمصلحته . فتكون هذه الواقعة - التنازل عن تنفيذ الحكم - قد ثبتت عند المحكمة عن طريق قرائن قضائية . ثم اتخذت المحكمة بعد ذلك من واقعة التنازل عن تنفيذ الحكم قرينة على وقوع صلح بين المحكوم له والمحكوم عليه - كذلك قد يثبت عقد القرض عن طريق قرينة قضائية هي دفع الفوائد ، ثم يتخذ عقد القرض ذاته قرينة قضائية على أن البيع الذي دفع بمقتضاه المقرض الثمن إلى المقرض - وسنرى هذا المثل فيما يلي - إنما هو بيع صوري .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن قاضي الموضوع حر في استنباط القرائن التي يأخذ بها من وقائع الدعوى والأوراق المقدمة فيها . وإذن فتي كان الحكم إذ استند إلى شهادة الشهود الذين =

يقف القاضى إذن عند واقعة يختارها ثبتت عنده ، ولتكن واقعة قرض ثبتت بورقة مكتوبة أو بيينة أو بقرينة أو بغير ذلك . والقاضى حر فى اختيار الواقعة التى يقف عندها ، إذ يراها أكثر مواتاة للدليل وأيسر فى استنباط القرينة.

١٧٦ - استنباط الواقعة المراد اثباتها من الواقعة الثابتة : ويبدأ

بعد ذلك أشق مجهود يبذله القاضى فى استخلاص الدليل . إذ عليه أن يستنبط من هذه الواقعة الثابتة الدليل على الواقعة التى يراد إثباتها ، فيتخذ من الواقعة المعلومة قرينة على الواقعة المجهولة . ففى المثل المتقدم لا يكون القاضى متعنتا إذا هو استخلص من واقعة القرض التى اختارها أن المقرض كان فى حاجة إلى المال عندما عقد القرض ، فاذا ادعى أنه اشترى ، بعد القرض بأيام قليلة وقبل أن ينى بالقرض ، داراً من المقرض بثمن يزيد كثيراً على مبلغ القرض ، ودفع له الثمن فى الحال ، كانت هذه الوقائع متعارضة مع دلالة الواقعة الثابتة . فاذا طعن شخص فى عقد البيع الصادر من المقرض إلى المقرض بأنه بيع صورى ، أو دفع بصورية دفع الثمن ، كان للقاضى أن يستخلص من واقعة القرض وحاجة المقرض إلى المال وتعارض هذه الحاجة مع دفعه ثمناً كبيراً يزيد كثيراً على مبلغ القرض ، كان له أن يستخلص من كل ذلك قرينة على أن المقرض لم يدفع الثمن إلى المقرض ، فتكون هذه القرينة القضائية دليلاً على الصورية .

= سمعهم خبير الدعوى انما استند إليها كقرينة مضافة إلى قرائن أخرى فصلها وهي فى مجموعها تؤدي إلى ما انتهى إليه ، فلا تثريب عليه إذا هو استند إحدى القرائن من شهادة الشهود الذين سمعهم خبير الدعوى دون أن يؤدوا اليمين القانونية . وإذا كان الحكم مقاماً على جملة قرائن فصلها ، يكمل بعضها بعضاً ، وتؤدي فى مجموعها إلى النتيجة التى انتهى إليها ، فإنه لا تجوز مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها فى ذاتها (نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٩٣ ص ٥٤٨) . وقضت أيضاً بأنه متى كان الحكم قد أقام قضاءه على عدة قرائن مجتمعة ، بحيث لا يعرف أيها كان أساساً جوهرياً له ، ثم تبين فساد بعضها ، فإنه يكون باطلاً بطلاناً جوهرياً (نقض مدنى ٢ يونية سنة ١٩٤٩ مجموعة عمره رقم ٤٢٧ ص ٧٨٦ - وانظر أيضاً : ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١٦ ص ٤٥٨ - أول يونية سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٤٢ ص ٥٧٢ - ٢٨ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧٢ ص ١٠٩٥) . وكذلك الحال فيما إذا قام الحكم على أدلة متعددة دون أن يبين قيمة كل دليل منها ، فإذا تبين فساد أحد هذه الأدلة فسد معه الحكم (نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمره ٥ رقم ٢٠١ ص ٤٣٧) . أما إذا صرح الحكم بقيمة كل =

١٧٧ — سلطة القاضي واسعة في التقرير : وقد رأينا فيما تقدم أن

للقاضي سلطة واسعة في استنباط القرائن القانونية . فهو حر في اختيار واقعة ثابتة ، من بين الوقائع المتعددة التي يراها أمامه ، لاستنباط القرينة منها ، ثم هو واسع السلطان في تقدير ما تحمله هذه الواقعة من الدلالة ، وهذا هو الاستنباط . وفيه تختلف الأنظار ، وتتفاوت المدارك . فمن القضاة من يكون استنباطه سليماً فيستقيم له الدليل ، ومنهم من يتجافى استنباطه مع منطق الواقع . ومن ثم كانت القرينة القضائية من أسلم الأدلة من حيث الواقعة الثابتة التي تستنبط منها القرينة ، ومن أخطرها من حيث صحة الاستنباط واستقامته^(١) .

والقاضي ، فيما له من سلطان واسع في التقدير ، قد تقنعه قرينة واحدة قوية الدلالة ، ولا تقنعه قرائن متعددة إذا كانت هذه القرائن ضعيفة متهافنة^(٢) . وأما ما يذكره التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٥٣) من وجوب اجتماع قرائن قوية الدلالة دقيقة التحديد ظاهرة التوافق ، فليس إلا من قبيل توجيه القاضي^(٣) . ويبقى حق التقدير النهائي في ذلك له . ولا تعقب عليه محكمة النقض في

= دليل ، فإن فساد دليل لا يعيب من الحكم إلا ما استند منه إلى هذا الدليل (نقض مدني ٣ يونية سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٠ ص ٦٣٤) . أنظر في تعدد الأدلة وأثر فساد بعضها في صحة الحكم الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ٢٢٢ .

(١) بلانيول وريير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٥ ص ١٠٠٧ — بلانيول وريير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٥١ .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٦ ص ٣٨٦ وهامش رقم ٦ — بلانيول وريير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٧ ص ١٠٠٨ — ص ١٠١٠ — بلانيول وريير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٥٢ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٧٨١ .

(٣) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٦ ص ٣٨٥ — ٣٨٦ — بلانيول وريير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٧ ص ١٠٠٨ — ص ١٠١٠ . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « وللقاضي كل السلطة في تقدير حجية القرائن . على أن إجماع الفقه قد انعقد على أن القاضي لا يتقيد بعدد القرائن ولا بتطابقها . فقد تجزى قرينة واحدة ، متى توافرت على قوة الإقناع . ولذلك لم ينقل المشروع عن التقنين الفرنسي والمشروع الإيطالي ما نصا عليه من إلزام القاضي « بآلا يقبل إلا قرائن قوية محددة متطابقة » . فالفقه والقضاء على أن هذا النص ليس إلا مجرد توجيه ، مع أن ظاهره قد يوحي خطأ بأنه يقيم شرطاً لقبول الإثبات بالقرائن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٩ — ص ٤٣٠) — أنظر أيضاً بودري وبارد ٤ فقرة ٢٦٩٨ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٠٢ — ديكوتيني فقرة ١١٣ — الموجز للمؤلف ص ٧٣٠ .

هذا التقدير^(١) ، ما دامت القرينة التي اعتبرها دليلاً على ثبوت الواقعة تؤدي عقلاً إلى ثبوتها^(٢) .

١٧٨ — لا يجوز أنه يثبت بالقرائن القضائية إلا ما يجوز اثباته

بالبيئة : وزي مما تقدم أن الإثبات بالقرائن القضائية لا يخلو من الخطر . فالقاضي ، كما رأينا ، يتمتع في استنباط القرينة القضائية بحرية واسعة ، في ميدان تتفاوت فيه الافهام ، وتباين الأنظار . فليس ثمة من استقرار كاف في وزن الدليل ، وما يراه قاض قرينة منتجة في الإثبات لا يرى قاض آخر فيه شيئاً .

من أجل ذلك كانت القرينة القضائية ، كدليل إثبات ، دون منزلة الكتابة ، فهي تتساوى في منزلتها مع البيئة^(٣) . ولا يجوز الإثبات بقرينة قضائية إلا

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٦ ص ٣٨٥ - ص ٣٨٦ .

(٢) نقض مدني ١٢ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٨ ص ٦٤٦ — وقد جاء في هذا الحكم ما يأتي : « لما كان يبين من الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع أسست قضاءها بثبوت الربا الفاحش على أن القروض قد عقدت في ظروف ألمية ، خلال مدة الحرب ، في بلد يحتله العدو ، على أن تسدد بالعملة المصرية ، ودونت في مستندات غير مؤرخة ولم يبين فيها مكان تحريرها ، وعلى أن ظروف الاستدانة تدل على أن المقرضين كانوا في حالة ضيق شديد أثناء وجودهم بفرنسا إذ سببت لهم الحرب انقطاع سبل معاشهم فاضطروا للجوء إلى الطاعن الثاني وغيره للاقتراض منهم ، وكانت هذه الظروف التي اعتبرها الحكم دليلاً على ثبوت الربا الفاحش لا تؤدي عقلاً إلى ثبوتها — ذلك لأن كل مدين لا يلجأ إلى الاقتراض عادة إلا إذا كان في ظروف تضطره إليه ، فليست هذه الضرورة في حد ذاتها دليلاً على ثبوت الربا الفاحش ، وكذلك لا يؤدي إلى إثباته خلو سندات الدين من بيان تاريخ ومكان تحريرها . وكان للمحكمة متى رجح لديها من قرائن الحال في الدعوى احتمال مظنة الربا الفاحش أن تحيل الدعوى على التحقيق ليثبت المدينون بمقتضى السندات دفاعهم بأنهم لم يستلموا في مقابلها سوى المبالغ التي أقروا بها . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد نقل عبء الإثبات من عاتق المدينين بمقتضى السندات موضوع الدعوى إلى عاتق الدائن استناداً إلى قرائن غير مؤدية لإثبات الربا الفاحش ، فإنه يكون قد خالف قواعد الإثبات ، فضلاً عن قصوره في التسبيب مما يستوجب نقضه » (نقض مدني ١٢ مارس ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٨ ص ٦٤٦) . انظر أيضاً في هذا المعنى محكمة النقض الفرنسية ٩ مايو سنة ١٩٥١ دالوز ١٩٥١ ص ٤٧٣ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٠٢ ص ٣٩٨ .

(٣) بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٠٠ — الموجز للمؤلف ص ٧٢٥ .

حيث يجوز الإثبات بالبيئة^(١) (م ٤٠٧ مدني) ^(٢).

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لما كان الإثبات بالقرائن جائزاً في جميع الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالبيئة لاتحاد الحكم في الحالتين ، جاز للمحكمة أن تستند في إثبات صحة التوقيع على نفس الأوراق التي رفضت المضاهاة عليها ، إن لم يكن باعتبارها أوراقاً للمضاهاة فللقرائن التي قد تستنبطها المحكمة من هذه الأوراق (٢٧ يناير سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٨٦ ص ٤٤٩) . وقضت كذلك بأن عدم قبول الإثبات بشهادة الشهود ينبنى عليه أيضاً عدم جواز الأخذ فيها بالقرائن (٢٥ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٠ ص ١٣٤) . انظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣٦١ - ١٧ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٦٠ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤٧ - ١١ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٢٢٨ - ٩ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٣ - ١٣ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٤ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٥٦ - ٢ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٤٤ - ٦ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٦٣ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٨ - ٨ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦٦ - ١٨ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٣ .
وجاء في الموجز للمؤلف : « وتقبل القرائن القضائية أيا ن تقبل البيئة . وقد رأينا أن البيئة والقرائن أمران متلازمان ، فإما يمكن إثباته بالبيئة يمكن إثباته بالقرائن ، والعكس صحيح . وهذا بخلاف القرائن القانونية ، فإنها لا تقبل إلا في الفروض التي نص عليها المشرع (الموجز ص ٧٣٠) - هذا ولو جاز أن يثبت بالقرائن القضائية ما لا يجوز إثباته بالبيئة ، لأمكن دائماً الاحتيال على النصوص التي لا تجيز الإثبات بالبيئة ، فحيث يجوز الإثبات بالقرائن القضائية ولا يجوز الإثبات بالبيئة ، يمكن مع ذلك سماع البيئة على اعتبار أنها ليست إلا قرائن قضائية (أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ Présomption فقرة ٦١) .

(٢) وقد قررت المادة ١٣٥٣ من التقنين المدني الفرنسي هذا الحكم أيضاً ، ولكنها استثنت التصرفات التي يطعن فيها بالغش أو بالتدليس ، فيجوز إثباتها بالقرائن القضائية . وظاهر أن إيراد الحكم على هذا النحو منتقد ، فإن التصرفات التي يطعن فيها بالغش يجوز إثباتها بالبيئة بقدر ما يجوز ذلك بالقرائن القضائية . وإنما يرد الاستثناء المتعلق بالغش على الإثبات بالكتابة لاعلى الإثبات بالبيئة (بوتيه فقرة ١٨٥ - ديمولومب ٣٠ فقرة ١٨٥ - لوران ١٩ فقرة ٦٣٣ - فقرة ٦٣٤ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٩٧ بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٠٠ ص ٣٩٦) .
وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ويرد الإثبات بالقرائن مع الإثبات بالبيئة في المرتبة الثانية . ولذلك نص على أنه « لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبيئة » . ويتفرع على ذلك أن جميع القواعد الخاصة بقبول الإثبات بالبيئة تسرى على القرائن دون أى استثناء . وقد أخطأ التقنين الفرنسي (م ١٣٥٣) والتقنين الهولندى (م ١٩٥٩) والمشروع الفرنسي الإيطالى (م ٣٠٣) في النص على عدم جواز الإثبات بالقرائن غير المقررة في القانون إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالبيئة ما لم يطعن في الورقة بسبب غش أو تدليس . ذلك أن سياق هذا الاستثناء قد يوحي بأن وقائع الغش والتدليس لا يجوز إثباتها بالبيئة ، مع أنها من قبيل الوقائع القانونية التي يمتنع تحصيل دليل كتابي مهياً بشأنها . ومن المحقق أن إثبات هذه الوقائع بالبيئة جائز ، =

ولا يفوتنا هنا أن نشير إلى ما سبق أن ذكرناه في عبء الإثبات من أن هذا العبء ينتقل في الواقع من خصم إلى خصم وفقاً للقرائن القضائية التي يستخلصها القاضي من ظروف الدعوى . فالقاضي يأخذ بالقرائن القضائية ، لا للآثبات الكاملة فحسب ، بل أيضاً لنقل عبء الإثبات من جانب إلى جانب ، ثم لرده إلى الجانب الأول (١) .

والقرينة القضائية كالبينة حجة متعديّة غير ملزمة ، وهي أيضاً كالبينة غير قاطعة ، إذ هي دائماً تقبل إثبات العكس ، إما بالكتابة أو بالبينة أو بقرينة مثلها أو بغير ذلك ، فهي من هذه الناحية كالبينة القانونية غير القاطعة .

المبحث الثاني

تكييف القرائن بوجه عام ونحوها من قرائن قضائية إلى قرائن قانونية

١٧٩ — تكييف القرائن بوجه عام : القرينة ليست إلا نقل الإثبات من الواقعة المراد إثباتها بالذات إلى واقعة أخرى قريبة منها ، إذا ثبتت اعتبر ثبوتها دليلاً على صحة الواقعة الأولى .

ويقول بارتان في هذا المعنى : «تقتضي طبيعة الأمور أن نستبدل بإثبات الواقعة مصدر الحق المدعى به ، وهي واقعة يتعذر إثباتها ، بإثبات واقعة أخرى قريبة منها (voisin) ومتصلة بها (connexe) . ويطلب الخصم من القاضي أن يستخلص من صحة الواقعة الثانية ، عن طريق استنباط يطول أو يقصر ، صحة

= وهو جائز بالقرائن تقريباً على ذلك . ولهذا يكون الاستدراك الذي تقدمت الإشارة إليه خلواً من معنى الاستثناء ، ويكون إغفاله أكفل بدفع الشبه والتليس» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٩) .

(١) فعلاقة الزوجية أو القرابة قرينة على صورية العقد إلى أن يثبت العكس ، ووجود أثار بمنزلة الزوجية لزوجين مسلمين قرينة على أن الأثار ملك الزوجة إلى أن يثبت العكس (الموجز للمؤلف ص ٧٣٠) . انظر أيضاً : استئناف مصر ٧ يولية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٩ ص ٥٣٨ (كشف المكلفة قرينة على الملكية إلى أن يثبت العكس) — استئناف مصر ١٨ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٦٣ ص ٣٧٥ (عدم دفع أمانة الخبير الذي طلبه المستأنف قرينة على عدم وثوق المستأنف من صحة دفاعه) .

الواقعة الأولى التي لا يتمكن من إثباتها بطريق مباشر ، فيتحول محل الإثبات على نحو ما. وهذا ما اقترح تسميته بتحول الإثبات (déplacement de preuve) ، وهو من الخصائص الجوهرية للإثبات القضائي^(١) .

ففي القرينة القضائية القاضي هو الذي يختار هذه الواقعة القريبة المتصلة بالواقعة المراد إثباتها . أما في القرينة القانونية فالقانون هو الذي يتولى هذا الاختيار^(٢) . وهذه الواقعة القريبة المتصلة - وهي الأمانة (indice) - لا تعطى للقاضي إلا علماً ظنياً . وبلاستنباط ينتقل القاضي من العلم الظني إلى العلم اليقيني (de la vraisemblance à la certitude) ، ومن الراجح إلى المحقق (de la probabilité au réel)^(٣)

١٨٠ - تحول الفرائض القضائية الى فرائض قانونية : يقول بارتان

هنا أيضاً : «أن القرينة القانونية ليست في الواقع من الأمر إلا قرينة قضائية قام القانون بتعميمها وتنظيمها» (La présomption légale n'est, au fond, qu'une présomption de fait généralisée et systématisée par la loi) وهذا صحيح من حيث التكييف والتأصيل . فالقرينة القانونية ليست في الأصل إلا قرينة قضائية تواترت واضطرد وقوعها ، فاستقر عليها القضاء . ومن ثم لم تصبح هذه القرينة متغيرة الدلالة من قضية إلى أخرى ، فرأى المشرع في اضطرادها واستقرارها ما يجعلها جديرة بأن ينص على توحيد دلالتها ، فتصبح بذلك قرينة قانونية^(٤) .

(١) بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ هامش رقم ١٠ مكرر .

(٢) بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ هامش رقم ٢٦ مكرر وفقرة ٧٥٠ هامش

رقم ١ مكرر .

(٣) بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٨٩ .

(٤) بل يمكن دون نص قانوني - على ما يقول بعض الفقهاء - أن يكون القضاء عرفاً ثابتاً يعتبر مصدراً منشأً لقرينة قانونية ، فالقرينة يكون مصدرها القانون والقانون هنا يكون مصدره العرف (انظر ديكوتينييس (Decottignies) في القرائن في القانون الخاص رسالة من باريس سنة ١٩٥٠ ص ٢٩٧) . مثل ذلك مسئولية حارس البناء في ظل التقنين المدني السابق ، فقد كانت مسئوليته في هذا التقنين قائمة على قرينة مبنية على وجود عيب في البناء أو نقص في صيانتها ، ولكنها قرينة لم يكن التقنين السابق ينص عليها ، ومع ذلك تواترت حتى ذهب بعض = (م ٢٢ الوسيط - ج ٢)

والأمثلة على ذلك كثيرة ، نذكر بعضها :

بشترط في نجاح الدعوى البوليصة في المعاوضات أن يكون المدين معسراً ، وأن يكون هناك تواطؤ بين المدين ومن تصرف له . فكان إعسار المدين تقوم عليه ، في ظل التقنين المدني السابق ، قرينة قضائية ، تحولت في التقنين المدني الجديد إلى قرينة قانونية ، إذ تنص المادة ٢٣٩ من هذا التقنين على أنه « إذا ادعى الدائن إعسار المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها » .

وكانت هناك ، في ظل التقنين السابق ، سلسلة من القرائن القضائية تقوم دليلاً على غش المدين وتواطئه مع من تصرف له بعوض . وقد تحولت هذه القرائن القضائية إلى قرائن قانونية في التقنين المدني الحالي ، إذ تنص المادة ٢٣٨ من هذا التقنين على أنه « إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . ويكفي لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر » .

وجرى القضاء ، في ظل التقنين المدني السابق ، على اعتبار الوفاء بقسط من الأجرة قرينة قضائية على الوفاء بالأقساط السابقة^(١) . واضطرد هذا القضاء واستقر ، فارتفعت هذه القرينة القضائية في التقنين المدني الجديد إلى منزلة القرينة القانونية ، إذ نصت المادة ٥٨٧ من هذا التقنين على أن « الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط ، حتى يقوم الدليل على عكس ذلك » .

وقد يقع ، على النقيض من ذلك ، أن قرينة قانونية تنزل إلى قرينة قضائية ،

= الأحكام إلى اعتبارها قرينة قانونية . وتحولت فعلاً إلى قرينة قانونية في التقنين المدني الجديد (م ١٧٧) (الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢٥٧) - انظر أيضاً بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٥٠ .

(١) استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٦٠ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤

م ٣٧ ص ٩٠ .

كما وقع في القرينة الاستفادة من وجود سند الدين في يد المدين . فقد كان التقنين المدني السابق (م ٢١٩/٢٨٤) يجعله قرينة قانونية على الوفاء ، إلى أن يقيم الدائن الدليل على العكس (م ٢٢٠/٢٨٥) . ولم يستبق التقنين المدني الجديد هذا النص ، فنزلت هذه القرينة القانونية إلى مرتبة القرينة القضائية .

وبالرغم من أن القرينة القضائية والقرينة القانونية من طبيعة واحدة من حيث التكييف والتأصيل ، إلا أنهما تختلفان من حيث مهمة كل منهما . فالقرينة القضائية طريق إيجابي من طرق الإثبات . أما القرينة القانونية فهي ، كما قدمنا ، إعفاء من الإثبات ، مؤقت أو دائم وفقاً لما إذا كانت القرينة تقبل إثبات العكس أو لا تقبل ذلك^(١) .

(١) ونستطيع الآن أن نستخلص أهم الفروق ما بين القرائن القضائية والقرائن القانونية فيما يأتي : (أ) القرائن القضائية أدلة إيجابية ، أما القرائن القانونية فأدلة سلبية أي أنها تعني من تقديم الدليل . (ب) لما كانت القرائن القضائية يستنبطها القاضي والقرائن القانونية يستنبطها المشرع ، فإنه يترتب على ذلك أن القرائن القضائية لا يمكن حصرها لأنها تستنبط من ظروف كل قضية ، أما القرائن القانونية فذكورة على سبيل الحصر في نصوص التشريع . (ج) القرائن القضائية كلها غير قاطعة ، فهي قابلة دائماً لإثبات العكس ، ويجوز دحضها بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن ، أما القرائن القانونية فبعضها يجوز نقضه بإثبات العكس وبعضها قاطع لا يقبل الدليل العكسي . (انظر الموجز للمؤلف فقرة ٧٠٤ — وانظر في مقارنة شاملة ما بين القرائن القضائية والقرائن القانونية ديكوتينيس فقرة ١١٤ — فقرة ١١٥) .

وانظر في القرائن القضائية في الفقه الإسلامي ، الأستاذ أحمد إبراهيم في كتاب « طرق القضاء في الشريعة الإسلامية » ص ٤٣٠ — ص ٤٣٣ ، وفي القرينة القضائية القاطعة ص ٤٢ — ص ٦١ من الكتاب ذاته .

الفصل الثاني

قوة البينة والقرائن في الاثبات

١٨١ - قوة مطلقة وقوة محدودة : تقضى المادة ٤٠٠ من التقنين المدني بأن التصرف القانوني ، في غير المواد التجارية ، لا يجوز إثباته بالبينة إذا زادت قيمته على عشرة جنيهات أو كان غير محدد القيمة .
فالقوة المحدودة في الإثبات للبينة والقرائن إنما هي في ميدان التصرفات القانونية المدنية . ويستخلص من ذلك أن للبينة والقرائن قوة مطلقة في الإثبات خارج هذا الميدان . فتكون لها هذه القوة المطلقة في الوقائع القانونية المادية (faits juridiques matériels) وفي التصرفات القانونية التجارية (actes juridiques commerciaux)

الفرع الأول

قوة الاثبات المطلقة للبينة والقرائن

المبحث الأول

الوقائع القانونية المادية

١٨٢ - طبيعة الوقائع المادية تستعصى على فرض الكتابة لإثبات :
هناك فرق واضح بين التصرف القانوني والواقعة المادية .
فالتصرف القانوني إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين فيرتب القانون عليها هذا الأثر . ولما كانت هذه الإرادة لها مظهر خارجي هو التعبير ، فإن القانون اقتضى ألا يكون إثبات هذا التعبير ، كقاعدة عامة ، إلا عن طريق الكتابة ، وذلك لا اعتبارين أساسيين : (١) لأن التعبير عن إرادة تتجه لإحداث أثر قانوني أمر دقيق ، قد يغم على الشهود فلا يدركون معناه ، ولا يؤدون الشهادة

فيه بالدقة الواجبة ، وسنعود إلى هذا الاعتبار عند الكلام في إثبات التصرف القانوني . (٢) والتصرف القانوني ، فوق ذلك ، هو الذي تستطاع تهيئة الدليل الكتابي (preuve préconstituée) عليه وقت وقوعه ، ومن ثم كان اشتراط الكتابة لإثباته أمراً ميسوراً .

أما الواقعة المادية فلا يقوم في شأنها أى من الاعتبارين المتقدمين . فهي تحدث ، وتراها الناس ، فلا تختلف أفهامهم كثيراً في روايتها كما وقعت ، إذ هي ليست من الدقة والتعقيد بالمنزلة التي رأيناها للتصرف القانوني . وهب أن واقعة مادية كانت من الدقة بحيث تختلف أفهام الناس في إدراكها ، فهل يكون ميسوراً تسجيلها بالكتابة عند وقوعها ؟ قليل من الوقائع هو الذي يتيسر فيه ذلك . وقد عمد المشرع إلى الخطير من هذه الوقائع ، كالميلاد والموت ، فأوجب تسجيله بالكتابة على نحو خاص^(١) . أما الكثرة الغالبة من الوقائع المادية التي تحدث آثاراً قانونية فلا يتيسر إثباتها بالكتابة . فيكفي إذن إثباتها بالبيئة وبالقرائن . بل يفتتح في إثباتها جميع أبواب الإثبات ، وبخاصة باب المعاينة فهو من أرحب الأبواب للوقوف عليها^(٢) .

١٨٣ — أنواع الوقائع المادية : والوقائع المادية التي تحدث آثاراً قانونية كثيرة متنوعة .

(١) وضع القانون نظاماً خاصاً لإثبات المواليد والوفيات بقيدها في سجلات خاصة يجوز الحصول على مستخرجاتها منها (القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٦) . وكذلك نصت لائحة المحاكم الشرعية على طرق معينة تثبت بها الوفاة والوراثة أمام تلك المحاكم (م ٣٥٥ — ٣٦١) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يمكن إثبات الوفاة إلا بمستخرج من سجل الوفيات (١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٢) . ونصت المادة ٣٠ من التقنين المدني على أنه « ١ — تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك . ٢ — فإذا لم يوجد هذا الدليل ، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات ، جاز الإثبات بأية طريقة أخرى » .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٣٣ (خدمات أديت هي السبب في الالتزام) — ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٩ — ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٤ — ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٨ — والمعاينة لها صور متنوعة ، فقد تكون ثابتة في محضر انتقال المحكمة للمعاينة ، أو في تقرير الخبير الذي انتدبته المحكمة في دعوى إثبات الحالة ، أو في محضر تحقيق جنائي أو إداري ، أو غير ذلك .

منها ما يكون مصدراً للالتزام ، كالعمل غير المشروع^(١) ، والبناء والغراس في الإثراء على حساب الغير ، والقيام بأعمال مادية في الفضالة ، والجوار والقراية في الالتزامات القانونية .

ومنما ما يكون سبباً لكسب الحقوق العينية ، كالموت والميلاد في الميراث (وهذان يراعى في إثباتهما أوضاع خاصة كما قدمنا) ، والحيازة ، والاستيلاء ، والبناء والغراس في الالتصاق ، ومضى الزمن في التقادم ، والجوار في الشفعة .

ومنما ما يحدث آثاراً قانونية أخرى ، كانتزاع الحيازة في قطع التقادم ، واستعمال حقوق الارتفاق بعد تركها ، وتنفيذ الالتزامات عن طريق أعمال مادية^(٢) ، والعلم بالإعسار أو بالسفه^(٣) أو بالعيوب الخفية أو بالبيع في

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اختلاس الورثة بعض أعيان التركة يثبت بجميع الطرق (١٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٠٠) . وقضت أيضاً بأنه يمكن إثبات العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب بجميع الطرق (٤ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٦٥ — ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٦١ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٣٧) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز إثبات التصرف القانوني بالقرائن إذا كان قد بدى في تنفيذه بعمل مادي ، وذلك دون نظر لقيمة ما تم من أعمال التنفيذ المادية (١٠ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٨) - وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأن البدء في التنفيذ إذا كان مادياً ، كالبدء في البناء ، جاز إثباته بجميع الطرق ، وإن كان تصرفاً قانونياً كالوفاء فلا يثبت بالبينة إذا زاد على عشرة جنيهات (٧ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٨ ص ٣٤) . ويقرب من ذلك أن يكون مظهر التعبير عن الإرادة ، لا عملاً تنفيذياً مادياً ، بل وضعاً مادياً يستخلص منه الرضاء . ويبدو أنه يجب التمييز ، في هذا الوضع المادي ، بين التعبير عن الإرادة في ذاته ويكنى فيه الوضع المادي ، وبين إثبات هذا التعبير ولا يجوز إلا بالكتابة إذا زادت قيمة التصرف على عشرة جنيهات (قارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٩٥ - ٣٩٦ والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات وفقرة ١٧٠ وفقرة ١٩٠) . فالقصة مثلاً عقد لا يجوز إثباته إلا بالكتابة فيما جاوز النصاب (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٥٦) ، حتى لو استخلصت القصة ضمناً من أعمال مادية تدل عليها ، ما لم تكن هذه الأعمال المادية هي تنفيذ فعلي للقصة (قارن محكمة الاستئناف المختلطة في ١٠ يونيو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٤٦ — ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢١) — وانظر أيضاً التجديد الضمني للإيجار ، إذ البقاء في العين المؤجرة يعتبر عملاً مادياً تنفيذياً للإيجار الجديد .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن العلم بقيام حالة السفه والإقدام على التعامل مع السفه وقت قيامها للاستفادة منها والرغبة في الهروب من أحكام القانون ، كل هؤلاء من الوقائع التي يصح إثباتها بكافة الطرق القانونية ومنها البينة والقرائن (٧ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢٤٤ ص ٤٦١) .

الشفعة^(١) أو بغير ذلك من الوقائع^(٢) ، والتواطؤ ، والغلط والتدليس^(٣) والإكراه والاستغلال ، والعرف إذا كان ملحوظا في العقد .

فالقاعدة العامة في هذه الوقائع المادية ، التي أوردنا بعض أمثلة منها ، أنه يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ومنها البينة والقرائن . فلابينة والقرائن إذن ، في ميدان الوقائع المادية ، قوة مطلقة في الإثبات ، تستوى في ذلك مع الكتابة ، بل قد تزيد عليها من ناحية الحاجة إليها .

١٨٤ — وقائع مادية نستوقف النظر : وهناك حالات للوقائع المادية تحتاج إلى إمعان في النظر .

فهناك وقائع مختلطة (faits mixtes) ، يقوم فيها العمل المادى إلى جانب التصرف القانونى ، وذلك كالوفاء والإقرار ، فهذه حكمها في الإثبات حكم التصرفات القانونية ، لا تثبت فيما زاد على النصاب إلا بالكتابة . أما الاستيلاء

(١) استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٥ — ٦ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٢ — ٥ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٧٤ .

(٢) وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأنه يجوز إثبات واقعة انتشار الاختراع بكافة الطرق القانونية لأنها من الوقائع المادية ، والأدوات المطبوعة والكتالوجات يجوز أن يستنتج منها القرائن التي تشير إلى انتشار الاختراع (١٥ يناير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٢/٣٢٩ ص ٣٩٦) .

(٣) ويجوز إثبات التدليس بجميع الطرق حتى فيما بين المتعاقدين (نقض مدنى ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٢ ص ٧٠٨ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٣ ص ١٩٩ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٤ ص ٢٠٠ — استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٢ — ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٦٤ — ٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦٨ — ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩ — محكمة أسيوط الكلية ١٢ يونيو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٣٢ ص ٢٦١) — وما يدخل في إثبات التدليس إثبات الفوائد الربوية ، فيجوز إثباتها بجميع الطرق بشرط أن تكون هناك قرائن قوية على وجودها (استئناف أهلى ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٦٩ — استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٩٧ — ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٣٧ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٤٨ — أول فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١١١ — ٨ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٠٨ — ٢٩ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٨٣ — ١٣ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٠٧ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٦٩ — ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٣٨) .

فواقعة مختلطة ، ولكن يغلب فيها طابع العمل المادى ، ومن ثم تثبت بالبينة والقرائن .

وهناك وقائع مركبة (faits complexes) ، كالشفعة . وهذه تجتمع فيها جملة من الوقائع : الجوار وهو واقعة مادية تثبت بجميع الطرق ، وبيع العين المشفوع فيها وهو بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية أيضاً تثبت بجميع الطرق ، وإرادة الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانونى لا يثبت إلا بالكتابة بل لا بد من طريق خاص فى التعبير عن الإرادة هنا بينه القانون .

والحيازة واقعة مادية (١) ، ولكن قد يداخلها تصرف قانونى . فإذا أراد المالك أن يثبت أن الحائز للعين هو مستأجر منه ، وجب عليه أن يثبت عقد الإيجار بالكتابة إذا زاد على النصاب . أما إذا أراد إثبات أن الحائز لا يقوم بأعمال الحيازة لحسابه الشخصى بل باعتباره مستأجراً فلا يستطيع التملك بالتقادم ، كان كل من الحيازة والإيجار واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن وضع اليد واقعة مادية العبارة فيه بما يثبت قيامه فعلاً . فإذا كان الواقع يخالف ما هو ثابت من الأوراق ، فيجب الأخذ بهذا الواقع واطراح ما هو غير حاصل . وإذن فلا على المحكمة إذا هى أحالت دعوى منع التعرض على التحقيق ، وكلفت المدعى فيها إثبات وضع يده الذى ينكره عليه خصمه ، ولو كان بيده محضر تسليم رسمى فى تاريخ سابق (نقض مدنى ١٥ يونية سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٥٢ ص ٦١١) — وقضت أيضاً بأنه لما كان وضع اليد واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ، وكان القانون لا يشترط مصدراً معيناً يستقضى منه القاضى الدليل ، فإنه لا حرج على المحكمة إذا هى أقامت قضاءها فى هذا الخصوص على ما استخلصته من أوراق أو مستندات تملك أو حتى من أقوال وردت فى شكوى إدارية (نقض مدنى ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٣ ص ٥٠٠) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تملك حق ارتفاع مستمر ظاهر بالتقادم يجوز إثباته بجميع الطرق (١٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٤٢ ص ٥٠٠) ، وقضت أيضاً بأن البقاء فى العين المؤجرة أو إخلاءها واقعة مادية تثبت بجميع الطرق (٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٤٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة بعد أن نفت صفة الظهور عن وضع يد المدعى ، وبعد أن قررت أن شهوده لم يبينوا صفة وضع يده ، فأثبتت بذلك عجزه عن إثبات ظهوره مظهر المالك ، قد استطردت فقالت إن المدعى عليه يقول إن المدعى إنما وضع يده بصفته مستأجراً وإن ظروف الدعوى وملابساتها وأوراقها تدل على صدق قوله ، فذلك من المحكمة ليس حكماً بقيام عقد الإيجار بين طرفى الدعوى حتى كان يصح النعى عليها أنها خالفت فيه قواعد إثبات =

والغير في التصرف القانوني يجوز له إثبات هذا التصرف بجميع الطرق لأنه ليس طرفاً فيه ، فهو بالنسبة إليه واقعة مادية^(١) . وحتى فيما بين المتعاقدين قد يقع لبس فيما إذا كان المطلوب إثباته تصرفاً قانونياً فلا يثبت إلا بالكتابة ، أو واقعة مادية فتثبت بجميع الطرق^(٢) .

= عقد الإيجار ، بل هو استكمال لما ساقته نفيًا لما ادعاه المدعى من أنه في وضع يده على المنزل كان ظاهراً بمظهر المالك (نقض مدني ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٠ ص ٣٠٣) . ولكن إذا أريد إثبات الحيازة ذاتها عن طريق تصرفات قانونية لا عن طريق أعمال مادية ، كما إذا تمسك الخصم لإثبات حيازته بعقد مقايضة وقع على الأرض المتنازع عليها ، فإنه لا يجوز إثبات عقد المقايضة إلا بالكتابة (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٩) . انظر في هذه المسألة أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٢ والهامش رقم ٩ — هيك ٨ فقرة ٢٨٠ — لوران ١٩ فقرة ٤٣٢ — ديمولومب ٣٠ فقرة ٢٠ — بودري وبارد ٣ فقرة ٢٥٢١ .

(١) وفي رأينا أن هذه القاعدة ليست تطبيقاً للقاعدة التي تقضي بأنه يجوز الإثبات بجميع الطرق عند قيام مانع من الحصول على الكتابة . فالمانع من الحصول على الكتابة الذي يبرر الإثبات بغيرها يجب أن يكون كما سنرى مانعاً ذاتياً ، أي في قضية بذاتها ، لا مانعاً موضوعياً عاماً يتحقق في جميع الأقضية . وهنا المانع موضوعي عام لا ذاتي خاص ، إذ أن كل « غير » ليس طرفاً في العقد يتعذر عليه الحصول على دليل كتابي . ومن ثم تكون هذه القاعدة مستقلة عن قاعدة قيام المانع ، وتتلخص في أن الغير يجوز له إثبات التصرف القانوني بجميع الطرق إذا كان هذا التصرف يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية (قارن استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٨٦ — ١٦ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٧ — ٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٦) . ويترتب على ذلك أنه يجوز للشفيع — وبيع العقار المشفوع فيه يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية — أن يثبت بالبينة أن الثمن الوارد في هذا العقد أعلى من الثمن الحقيقي بقصد منعه من استعمال حقه في الأخذ بالشفعة ، والمحكمة أن تقضي عليه بدفع الثمن الذي ثبت من شهادة الشهود ومن تقدير الخبراء أنه هو الثمن الحقيقي (استئناف أهلي ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٨٧) . ويترتب على ذلك أيضاً أن المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير — وعقد الاشتراط يعتبر بالنسبة إليه تصرفاً قانونياً لا واقعة مادية — لا يجوز له أن يثبت هذا العقد إذا زادت قيمته على عشرة جنيهات إلا بالكتابة . وكذلك يفعل الدائن إذا كان المدين قد التزم نحوه بإرادته المنفردة ، لأن هذه الإرادة تعتبر تصرفاً قانونياً بالنسبة إلى الدائن ، وسيأتي بيان ذلك .

(٢) وعلى القاضي أن يتبين ما إذا كان المطلوب إثباته تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية ، ثم يجري بعد ذلك حكم القانون . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم الابتدائي قد قضى بالزام المدعى عليه بمبلغ معين على أنه ثمن بضاعة ، مقيماً هذا القضاء على ثبوت حصول اتفاق شفوي بين المدعى والمدعى عليه لاحق للعقد المكتوب بينهما في شأن توريد هذه البضاعة ، وأن المدعى عليه قد تخلف عن تسليمها برغم دعوته إلى ذلك بإنذار وجهه إليه المدعى، ثم جاءت محكمة =

وفى الإخلال بالتزام عقدي ، يجوز إثبات العمل المادى الذى كون واقعة

= الاستئناف فاستظهرت من صحيفة الدعوى وأوراقها ودفاع طرفيها أنها مؤسسة على هذا الاتفاق المدعى لا على العقد المكتوب بين طرفيها ، وقضت برفضها بناء على أن المدعى قد عجز عن إثبات حصول هذا الاتفاق ، فإنها لا تكون قد أخطأت . ولا يقبل من المدعى أن ينمى عليها أنها قد مسخت دعواه إذ اعتبرتها مؤسسة على الاتفاق المذكور فى حين أنها دعوى بتعويض عن عدم تنفيذ العقد المكتوب ، ما دام المبلغ الذى طلبه إنما كان بناء على الاتفاق الخاص الذى زعم أنه تم بينه وبين المدعى عليه بعد العقد المكتوب بينهما ، لا على أساس هذا العقد (نقض مدنى ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣٧ ص ٢٩٨) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن ما يخلفه مورث ما لورثته مما كان فى حيازته مادياً من عقار أو منقول أو نقد ، وكذلك استيلاء وارث ما على شيء من مال التركة ، عقاراً كان أو منقولاً أو نقداً — كل ذلك من قبيل الوقائع التى لا سبيل لإثباتها إلا بالبينة . وإنما الذى يطلب فيه الدليل الكتابى هو العمل القانونى التعاقدى الذى يراد أن يكون حجة على شخص ليس عليه أو على من هو مسئول قانوناً عنهم دليل قانونى يدل عليه . وإذن فلا يصح الطعن فى الحكم بمقولة إنه أخطأ فى قبول شهادة الشهود على وجود المبلغ المتروك وتحديد مع أنه ليس فى الدعوى دليل يفيد أن المورث ترك مالا نقداً أو يفيد أن المبلغ المتروك عن هذا الوارث هو كذا غير إقرار الطاعن نفسه (نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٧ ص ٧٩٢) .

وقضت أيضاً بأنه إذا كان من أدلة تزوير العقد أن المنسوب إليها صدوره منها كانت قد تصرفت فى بعض الأطياف التى وردت فى العقد ، فإنه يجوز إثبات هذا التصرف بالبينة والقرائن مهما كانت قيمته ، لأنه يعتبر — بالنسبة إلى أدلة التزوير — واقعة مادية (نقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥ ص ٣٦) .

وقضت أيضاً بأن القانون لم يحرم على المحكمة إثبات صحة الختم الموقع به على الورقة بشهادة الشهود ، وإنما هو حرم عليها إثبات المشاركة المتعلقة بها الورقة بهذه الوسيلة . فمن حق المحكمة أن تستنتج صحة الختم فى ذاته متى ثبت لديها أن صاحبه قد وقع به الورقة المطعون فيها بشخصه (نقض مدنى ٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٩ ص ٥٨٤) . ولكن توقيع صاحب الختم بختمه على الورقة ينطوى على تصرف قانونى يثبت بالكتابة (نقض فرسى ١٨ يوليه سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٦-١-٤٨٨ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٢٢ ص ٢١٩) .

وقضت أيضاً بأنه إذا قضت المحكمة لبعض الملاك المشتاعين بملكية بعض الأعيان المشتركة مفرزة ، وبنت حكمها على أن كلا منهم قد استقل بوضع يده على جزء معين من الملك الشائع حتى تملكه بمضى المدة ، مستدلة على ذلك بالبينة والقرائن ، فهذا الحكم لا يعتبر مؤسساً على التقرير بوقوع تعاقد على قسمة بين الشركاء ، ولذلك لا يصح النعى عليه أنه قد خالف القانون إذ هو لم يستند إلى دليل كتابى على القسمة (نقض مدنى ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٩ ص ١٤٧) .

الإخلال بجميع الطرق لأنه واقعة مادية^(١) . أما العقد الذى أخل به فهو تصرف قانونى ، لا يجوز إثباته فيما زاد على النصاب إلا بالكتابة .

وفى التبديد وغيره من الجرائم التى تستند إلى عقود مدنية ، لا يجوز إثبات هذه العقود فيما زاد على النصاب إلا بالكتابة . ومن ثم نرى أن الإخلال بالتصرف القانونى قد يكون واقعة مادية ، وأن الجريمة قد تنطوى على تصرف قانونى^(٢) .

= وقضت أيضاً بأن الدعوى المرفوعة على سيد وخادمه بطلب الحكم عليهما متضامنين بتعويض عن سرقة الخادم حلتى استودعت السيد هى دعويان : دعوى الجريمة المنسوبة إلى الخادم وإثباتها جائز بكل طرق الإثبات إذ هى واقعة مادية وغير متوقفة على عقد الوديعة ، ودعوى موجهة إلى السيد بمسئوليته عن الخادم إذ هو تابع له وهذه ليس مطلوبة فيها إثبات عقد الوديعة على السيد ، ومن ثم يجوز إثبات محتويات العلبة بالبينة والقرائن (نقض مدنى أول مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٨ ص ٤٣٢) .

أما الوعد بالزواج (promesse de mariage) فرأى يذهب فيه إلى أنه واقعة مختلطة يمتزج فيها العمل المادى بالتصرف القانونى . ورأى آخر يذهب إلى أنه لما كان الوعد بالزواج غير ملزم فهو لا يعدو أن يكون واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق (انظر فى هذه المسألة Juris-classeur ١٥١ - م ١٣٤١-١٣٤٤ فقرة ٣٦ - فقرة ٤٢) .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٣ - ص ٣١٤ - ديمولومب ٣٠ فقرة ١٧ - لوران ١٩ فقرة ٤٣٣ - هيك ٨ فقرة ٤٨٠ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٢١ - كذلك يمكن لإثبات مدى الضرر الذى ترتب على الإخلال بالالتزام بجميع الطرق لأنه واقعة مادية . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إثبات الأشياء الضائعة وقيمتها فى حادث سكة حديدية جائز بجميع الطرق (١١ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٦) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الدليل لا ارتباط له بالمسئولية فى حد ذاتها ، وإنما يتعلق بذات الأمر المطلوب إثباته . فقد تكون المسئولية تعاقدية ومع ذلك يكون الإثبات فيها بالبينة والقرائن فى حالة التعهد بعدم فعل شيء عندما يرغب المتعهد له إثبات مخالفة المتعهد لتعهدده ، وقد تكون المسئولية جنائية أو تقصيرية ومع ذلك يكون الإثبات فيها بالكتابة حتماً بالنسبة للعقد المرتبط بها إذا كانت قيمته تزيد على ألف قرش فى غير المواد التجارية والأحوال الأخرى المستثناة كما هى الحال فى جريمة خيانة الأمانة (نقض مدنى ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٤ ص ٧٥) . انظر أيضاً : استئناف أهلى أول مارس سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ رقم ٤٧ - استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٠ .

وقد قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأن المحاكم وهى تفصل فى الدعوى الجنائية لا تنقيد بقواعد الإثبات الواردة فى القانون المدنى إلا إذا كان قضاؤها فى الواقعة الجنائية يتوقف على وجوب الفصل فى مسألة مدنية تكون عنصراً من عناصر الجريمة المطلوب منها الفصل فيها . فإذا =

وقطع التقادم إذا تم بواقعة مادية ، كالعودة إلى استعمال حق الارتفاق ،
يثبت بجميع الطرق . وإذا تم بتصرف قانوني ، كالاقرار بحق الارتفاق
أو دفع الفوائد والأقساط ، فلا يجوز الإثبات فيما زاد على النصاب إلا
بالكتابة^(١) .

والشركة الفعلية (société de fait) واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع
الطرق^(٢) .

ودفع غير المستحق تصرف قانوني يجب إثباته بالكتابة فيما زاد على
النصاب^(٣) .

وأعمال الفضالة بالنسبة إلى رب العمل وقائع مادية يجوز لهذا إثباتها بجميع
الطرق ، حتى لو كان من بين هذه الأعمال تصرف قانوني قام به الفضولي .
ولا يجوز إثبات هذا التصرف القانوني ، فيما بين الفضولي ومن تعاقد معه ،
إلا بالكتابة فيما زاد على النصاب^(٤) .

= هي في واقعة سرقة قد عولت في إدانة المتهم على شهادة الشهود بأنه هو الذي باع المسروق لمن ضبط
عنده ، فلا تثريب عليها في ذلك ولو كانت قيمة المبيع تزيد على العشرة الجنيهات ، وذلك لأن
سماعها الشهود لم يكن في مقام إثبات تعاقد المتهم مع المشتري ، وإنما كان في خصوص واقعة مادية
بحسب جائر إثباتها بالبينة والقرائن وغير ذلك من طرق الإثبات المختلفة ، وهي مجرد اتصال
المتهم بالأشياء المسروقة قبل انتقالها من يده إلى يد من ضبطت عنده بغض النظر عن حقيقة سند
هذا الانتقال الذي لم يكن يدور حوله الإثبات ، لأنه مهما كان لا يؤثر في الدعوى (نقض جنائي
٢٧ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٦٢ ص ٧٥٩) .

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٤ وهامش رقم ١١ وهامش رقم ١٢ .

(٢) استئناف مختلف ١٤ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٩٧ .

(٣) فإذا أعدم الدائن الذي قبض غير المستحق سند الدين وهو حسن النية ، فلمن دفع غير
المستحق أن يرجع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء (م ١٨٤ مدني) وفي هذه الحالة يعتبر انشغال
ذمة المدين الحقيقي بالدين واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق (الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة
فقرة ١٩٢ ص ٢٣٩) .

(٤) انظر الجزء الأول من هذا الوسيط فقرة ٨٦١ - فقرة ٨٦٢ .

المبحث الثاني

التصرفات القانونية التجارية

١٨٥ - جواز الإثبات بالبينة وبالقرائن في التصرفات القانونية:

التجارية : رأينا أن المادة ٤٠٠ من التقنين المدني تستثنى المواد التجارية من وجوب الإثبات بالكتابة إذا زادت قيمة التصرف على عشرة جنيهات . فالتصرف القانوني التجاري إذن يجوز إثباته بالبينة وبالقرائن ، حتى لو كانت قيمته تزيد على عشرة جنيهات أو كان غير محدد القيمة .

وقد كانت المادة ٢٣٤/٢٩٩ من التقنين المدني السابق تنص على هذا الحكم فتقول : « عقود البيع والشراء وغيرها من العقود في المواد التجارية يجوز إثباتها ، بالنسبة للمتعاقدین وغيرهم ، بكافة طرق الثبوت ، بما فيها الإثبات بالبينة وبقرائن الأحوال » . واكتفى التقنين المدني الجديد باستبعاد المواد التجارية في المادة ٤٠٠ من وجوب الإثبات بالكتابة على النحو الذي قدمناه ، فلم يورد نصاً يقابل المادة ٢٣٤/٢٩٩ من التقنين المدني السابق تجنباً للتكرار .

والسبب في إباحة الإثبات بالبينة وبالقرائن في المسائل التجارية ، أياً كانت قيمة التصرف القانوني ، هو ما يقتضيه التعامل التجاري من السرعة وما يستلزمه من البساطة : وما يستغرقه من وقت قصير في تنفيذه ^(١) . على أن هناك من المسائل التجارية ما لا يستقيم إلا بالكتابة . مثل ذلك الأوراق التجارية ، لم يقتصر القانون فيها على اشتراط الكتابة ، بل اشترط في الكتابة أن تستوفي شروطاً معينة . كذلك فعل في المسائل التجارية التي تستغرق وقتاً طويلاً وتنطوي على أهمية خاصة ، كما هو الأمر في عقود الشركات التجارية (م ٤٠ - ٤٦ تجاري) ، وفي عقود بيع السفن (م ٣ بحري) ، وفي إيجارها (م ٩٠ بحري) ، وفي التأمين عليها أو على البضائع (م ١٧٤ بحري) ، وفي القروض البحرية (م ١٥٠ بحري) .

(١) أما المعاملات المدنية فتستغرق عادة وقتاً طويلاً في التنفيذ ، ومن ثم الحاجة إلى الكتابة (بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٦٩) .

على أن الإثبات بالبيئة وبالقرائن في المسائل التجارية أمر جوازى للقاضى ، كما هو شأن الإثبات بالبيئة وبالقرائن في أية مسألة أخرى . فقد رأينا أن القاضى يقدر ما إذا كان الإثبات بالبيئة وبالقرائن مستساغاً ، ثم يقدر بعد ذلك ما إذا كانت البيئة أو القرائن المقدمة للإثبات كافية لإقناعه بصحة الواقعة المراد إثباتها أو غير كافية . فله إذن في المسائل التجارية أن يرفض الإثبات بالبيئة وبالقرائن إذا رأى أن الإثبات بهما غير مستساغ . وله أن يقدر أن هذا الإثبات لا بد من تعزيزه بالكتابة ، وبخاصة بما هو مدون في الدفاتر التجارية ، لاسيما إذا كانت التصرفات المراد إثباتها ذات قيمة كبيرة أو كانت مما يصعب ضبطه بغير الكتابة . وله سلطة واسعة في تقدير ما إذا كانت البيئة أو القرائن المقدمة للإثبات كافية لإقناعه بصحة الواقعة المدعى بها^(١) . ويجوز لأصحاب الشأن ، على كل حال ، أن يتفقوا على أن يكون الإثبات فيما بينهم في المسائل التجارية بالكتابة ، فتكون الكتابة عندئذ واجبة لأن إباحة الإثبات بالبيئة وبالقرائن في التصرفات التجارية ليست قاعدة من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، وسنعود إلى هذه المسألة .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز للمحكمة رفض الإثبات بالبيئة في دعوى تجارية تزيد قيمتها على عشرة جنيهات (استئناف أهلى ٢١ فبراير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٥١) — وقضت محكمة الزقازيق الوطنية بأن إباحة الإثبات بجميع الطرق في المسائل التجارية أمر جوازى ، ولا يقبل إلا إذا أدلى بوقائع من شأنها التذليل على احتمال انعقاد عقد تجارى (٢ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤١٩ ص ٦٦٨) — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة أبان إباحة الإثبات بجميع الطرق في المسائل التجارية أمر جوازى (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٦٠ — ٥ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ١٧ — ٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٤) ، وبأنه يجب وجود قرائن قوية لإثبات الفوائد الربوية بالبيئة حتى في المسائل التجارية (استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٤) .

وقضت محكمة النقض بأنه إذا لم تأخذ المحكمة في نزاع بين تاجر ومصلحة الضرائب بالبيانات الواردة في دفاتره ، محتجة بأنه لم يثبت فيها جميع مشترياته ، فإنها بذلك لا تكون قد خالفت القانون بتحتم إثبات العقود التجارية بالكتابة ، ولا يصح من الممول طعنه في الحكم محتجاً بالمادتين ٢١٥ و ٢٣٤ من القانون المدنى (م ٤٠٠ فقرة ١ جديد) اللتين تجيزان إثبات العقود التجارية بجميع الطرق القانونية ، سواء بالنسبة إلى المتعاقدين أو غيرهم ، فإن محل الاحتجاج بهما أن يكون التاجر قد طلب إلى المحكمة الترخيص له في أن يثبت بالبيئة صحة البيانات الواردة بدفتره فقضت بعدم جواز هذا الإثبات (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٣ ص ٦٨٤) . وانظر في هذه المسألة بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٧٩ .

١٨٦ - العبرة بنوع التعامل وصفة الخصوم لا بالمحكمة المختصة

والقانون التجارى هو الذى يبين متى يعتبر التصرف القانونى تجارياً ، فيجوز إثباته بالبينة أو بالقرائن أياً كانت قيمته (١) .

وقد يقع التصرف القانونى بين شخصين ويعتبر بالنسبة إلى كل منهما تصرفاً مدنياً ، كالمزارع يبيع جزءاً من محصوله إلى المستهلك . فالإثبات هنا لا يجوز أن يكون بالبينة أو بالقرائن إلا فيما لا يجاوز النصاب .

وقد يقع التصرف بين شخصين ويعتبر بالنسبة إلى كل منهما تصرفاً تجارياً ، كصاحب المصنع يبيع سلعته من التاجر . فالإثبات يجوز أن يكون هنا بالبينة أو بالقرائن ، أياً كانت قيمة التصرف .

وقد يقع التصرف بين شخصين فيكون بالنسبة إلى أحدهما تصرفاً مدنياً وبالنسبة إلى الآخر تصرفاً تجارياً ، كالمزارع يبيع محصوله من التاجر ، وكالمستهلك يشتري من تاجر التجزئة ، وكعقد النشر بين المؤلف والناشر ، وكعقد النقل بين المسافر أو صاحب البضاعة وأمين النقل ، وكعمليات المصارف بين العميل والمصرف . وهذا ما يسمى بالتصرف المختلط . ففي هذه الحالة تسرى القواعد المدنية في الإثبات على من كان التصرف مديناً بالنسبة إليه ، فلا يجوز بالبينة أو بالقرائن إثبات تسليم الثمن إلى المزارع ولا تسليم السلعة إلى من اشترى من تاجر التجزئة ولا تسليم الأرباح إلى المؤلف ولا تسليم البضاعة إلى صاحبها من أمين النقل ولا العمليات المصرفية ضد العميل إلا فيما لا يجاوز النصاب . وتسرى القواعد التجارية في الإثبات على من كان التصرف تجارياً بالنسبة إليه ، فيمكن إثبات تسليم المحصول للتاجر ، وتسليم الثمن لتاجر التجزئة ، ومقدار أرباح المؤلف ضد الناشر ، وتسليم البضاعة لأمين النقل ، والعمليات المصرفية ضد المصرف ، بالبينة أو بالقرائن ، أياً كانت قيمة الالتزام (٢) .

(١) الأستاذ محسن شفيق فى القانون التجارى المصرى فقرة ١٥٣ - فقرة ١٥٨ .
(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٤١ - الموجز للمؤلف ص ٧٠٨ - انظر مع ذلك بونيلال وريبير وجابولد وتعليقه على القضاء الفرنسى ٧ فقرة ١٥١٩ ص ٩٧٤ - وقد =

والعبرة بنوع التعامل لا بالمحكمة المختصة . فقد يطرح نزاع تجارى أمام محكمة

= قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا كان المدعى عليه تاجراً ، فالقواعد التجارية تتبع في دعواه ، خصوصاً فيما يتعلق بقبول الإثبات بالبينة (استئناف أهلى ١٣ يناير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٧٣) . وقضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأنه إذا كان العقد مدنياً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين وتجارياً بالنسبة إلى ثانيهما ، جاز للأول أن يثبت براءة ذمته من المدين بطرق الإثبات المقبولة في المواد التجارية (١١ أبريل سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٧٨) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا كانت المعاملة تجارية لأحد المتعاملين ومدنية بالنسبة إلى الآخر ، فلا يجوز الإثبات في حق الآخر إلا طبقاً لأحكام القانون المدنى ، فلا يقبل الإثبات بالبينة إذا زادت قيمة المدعى به على ألف قرش . فإذا ادعى تاجر شراء قطن رجل من ذوى الأملاك ، وقدم دليلاً على دعواه « علم القباى » الذى يبين وزن القطن المبيع ، فإن هذه الورقة لا تصلح مبدأً ثبوت بالكتابة على البائع لأنها ليست صادرة منه ، ومن ثم ترفض دعوى التاجر (استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٥٤ ص ١٧٩ — أنظر أيضاً استئناف مصر ٢٧ مارس سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٦ ص ١٨) .

وصفة التاجر أمر يصح إثباته بالبينة لأنه واقعة مادية (طهطا ٢٥ يولية سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٤٧ / ٢) . ويعتبر مدنياً التزام الوكيل بالعمولة إذ لم يعلن إسم موكله (استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٨٠) . ولا يجوز طلب الإحالة على التحقيق لإثبات وساطة السمسار في الصفقة إذا كانت المعاملة بالنسبة إلى المدعى عليه بالأجر مدنية ويزيد فيها المبلغ المطلوب لإثباته على النصاب الجائز لإثباته بالبينة (استئناف مصر ٦ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٧٠ ص ٣٨٦ — أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة السنبلاوين ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٤٢ ص ٥٩٥ ، وأنظر عكس ذلك محكمة الإسكندرية الوطنية ٣ أبريل سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١١٦ فقد قضت بأن أعمال السمسرة تعتبر في نظر القانون أعمالاً تجارية ، سواء كان القائم بها محترفاً السمسرة أولاً ، وسواء كان الغرض منها إبرام عقد تجارى أو مدنى ، وعلى ذلك يجوز لمن كان وسيطاً في عقد بيع وليست لديه كتابة مثبتة لحقه في السمسرة أن يلجأ إلى الإثبات بالبينة ولو تجاوزت السمسرة عشرة جنيهات) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة — بأن إثبات الالتزام المدنى يكون بالكتابة ، حتى لو كان هذا الالتزام مرتبطاً بالتزام تجارى ، فإن هذا الارتباط لا يرفع عن كل من العمليتين صفتها المتميزة ، ولا يستوجب استثناء من أحكام القانون المتعلقة بطرق الإثبات (استئناف مختلط ٦ يونية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٦٣) .

وقضت محكمة النقض بأنه متى كان طرفا النزاع تاجرين ، فلا جناح على المحكمة إن هي أحالت الدعوى على التحقيق ليثبت المدعى صدور بيع منه إلى المدعى عليه وقيمة الأشياء المبيعة ، لأن الإثبات في المواد التجارية جائز بكافة طرق الإثبات . وقد اعتبر القانون التجارى في الفقرة التاسعة من المادة الثانية منه عملاً تجارياً جميع العقود والتعهدات الحاصلة بين التجار والمتسببين والممارسة والصيارف مالم تكن العقود والتعهدات المذكورة مدنية بحسب نوعها أو بناء على نص العقد . ولا يخرج تصرف التاجر عن هذا الاعتبار إنكاره للتصرف أو ادعاؤه أنه لا يتجر في =

مدنية ، فنتبع قواعد الإثبات التجارية . وقد يطرح نزاع مدني أمام محكمة تجارية ، فنتبع قواعد الإثبات المدنية (١) .

١٨٧ - جميع المسائل التجارية يجوز إثباتها بالبينه وبالقرائن ،

ممنى فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها : ومتى ثبت للتصرف الصفة التجارية على الوجه الذي قدمناه ، جاز إثباته ، كما سبق القول ، بالبينه وبالقرائن ، أياً كانت قيمة التصرف ، حتى لو كان الأمر يتعلق بجريمة تنطوي على عقد مدني كجريمة التبيد ، فيجوز إثبات عقد الوديعة مثلاً بجميع الطرق أياً كانت قيمة الشيء المودع (٢) .

ومن باب أولى يجوز إثبات الوقائع المادية في المسائل التجارية بجميع طرق الإثبات . مثل ذلك أن يصاب عامل في مصنع ، فلهذا العامل أن يثبت مسئولية صاحب المصنع بجميع الطرق .

بل يجوز أيضاً ، إذا كان التصرف القانوني تجاري ثابتاً بالكتابة ، إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها بالبينه وبالقرائن (٣) . وسنعود إلى هذه المسألة في موضع آخر .

= البضاعة المدعى بشرائها ، إذ ليس من شأن هذا الادعاء لو صح أن يجعل التصرف مدنياً (نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦٨ ص ٤٥٨) .

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ مكررة ص ٣٤٠ - ص ٣٤١ وهامش رقم ٦ مكرر - الموجز للمؤلف ص ٧٠٩ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان النزاع من اختصاص المحاكم التجارية وكان الالتزام غير تجاري من جانب المدين ، فلا يجوز الإثبات ضده بالبينه والقرائن (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٤٦ - انظر أيضاً : استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٤٢ - ١٨ يونية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤٧) .

والقاعدة في الاختصاص - بالنسبة إلى التصرف القانوني المختلط - أن التصرف إذا كان تجارياً بالنسبة إلى المدعى عليه ، جاز رفع الدعوى أمام المحكمة التجارية أو المحكمة المدنية . أما إذا كان التصرف بالنسبة إلى المدعى عليه مدنياً ، فلا يجوز رفع الدعوى إلا أمام المحكمة المدنية .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ مكررة ص ٣٣٧ - ص ٣٣٨ .

(٣) فيجوز إثبات أن سبب الالتزام المكتوب غير صحيح ، أو أن هناك تعديلاً شفوياً أجرى فيه ، أو أنه قد انقضى ، وذلك كله بالبينه أو بالقرائن (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ مكررة ص ٣٣٨ - ص ٣٣٩) بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٧٦ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٧٠ = (م ٢٣ الوسيط - ج ٢)

الفرع الثاني

قوة الاثبات المحدودة للبيئة والقرائن

١٨٨ — القاعدة العامة والاستثناءات : رأينا فيما تقدم أن للبيئة والقرائن قوة مطلقة في إثبات الوقائع المادية والتصرفات القانونية التجارية . وتبقى ، بعد ذلك ، التصرفات القانونية المدنية . وهذه ليس للبيئة والقرائن فيها إلا قوة إثبات محدودة . وقد وضع القانون في ذلك قاعدة عامة ، ثم أورد عليها استثناءات معينة .

= لكن إذا كانت الكتابة رسمية ، ويراد إثبات ما يخالف جزءاً منها لا يجوز إنكاره إلا عن طريق الطعن بالتزوير ، فإنه يجب الالتجاء إلى إجراءات هذا الطعن (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ مكررة هامش رقم ٢) .

وقد كان القضاء المختلط يجرى في العهد الأول على تحميم الكتابة لإثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها في المسائل التجارية : استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١١١ - ٧ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٨٠ - ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٣ - ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٥ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١١ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٥٤ - ١٥ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٨٢ . ثم عدل عن هذا الخطأ ، ورجع إلى المبدأ الصحيح ، فأجاز إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها في المسائل التجارية بالبيئة والقرائن : استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٦ - ٢ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٨١ - ٢٥ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٦٨ - ٧ أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٣٠ .

وغنى عن البيان أن إثبات المواد التجارية بالبيئة والقرائن ليس فحسب جائزاً فيما بين المتعاقدين ، بل هو أيضاً جائز بالنسبة إلى الغير . وقد قضى ، تطبيقاً لذلك ، بأن عقد الإيجار الذي يتم بين تاجر السيارات وأحد عملائه ، وبمقتضاه يؤجر التاجر للعميل سيارة تصبح ملك العميل بعد الوفاء بالأقساط ، يجوز لتاجر السيارات أن يثبت به بالبيئة في مواجهة الغير (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٥٩) . أنظر في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢١٦ ص ٤٠٢ .

أما إذا اتفق تاجران على أن يكون الإثبات بينهما بالكتابة ، فإنه لا يجوز لأى منهما أن يثبت ما يخالف هذه الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة (انظر الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٩٤ ص ٢٤٢ والأحكام التي أشار إليها) .

أما القاعدة العامة فهي ذات شقين : (أولاً) لا يجوز اثبات التصرفات القانونية المدنية ، اذا زادت قيمتها على عشرة جنيهات ، الا بالكتابة . (ثانياً) وحتى اذا كان التصرف القانوني المدني لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، فانه اذا كان ثابتاً بالكتابة ، لم يجوز اثبات ما يخالف هذه الكتابة أو ما يجاوزها الا بالكتابة . ونرى من ذلك أن هذه القاعدة العامة تضيق من نطاق الإثبات بالبيئة والقرائن ، وتجعل قوة هذين الطريقتين في الإثبات محدودة . فلا يجوز أن تثبت بهما التصرفات المدنية التي تزيد قيمتها على عشرة جنيهات ، بل وتلك التي لا تزيد قيمتها على هذا المقدار إذا كانت مكتوبة ويراد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها . وغنى عن البيان أن هذا الميدان الذي استبعد فيه الإثبات بالبيئة والقرائن ذو نطاق واسع ، فهو يستغرق الكثرة الغالبة من التصرفات المدنية التي تكون عادة محلاً للتقاضى . ومن ثم كانت البيئة والقرائن ذات قوة في الإثبات جد محدودة في ميدان التصرفات القانونية المدنية .

على أن هذين الطريقتين تعود لهما قوتهما المطلقة في الإثبات في الاستثناء الذي أورده القانون على القاعدة العامة التي أسلفناها . وهو استثناء له أيضاً شقان : (أولاً) يجوز مع ذلك الإثبات بالبيئة والقرائن فيما زاد على عشرة جنيهات أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها إذا كان هناك مبدأ ثبوت بالكتابة . (ثانياً) ويجوز أيضاً الإثبات بالبيئة والقرائن فيما زاد على عشرة جنيهات أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها إذا وجد مانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها بعد الحصول عليها . ونرى من ذلك أن البيئة والقرائن ، وقد كانت قوتها محدودة في القاعدة العامة ، انطلقتا في الاستثناء ، وأصبح من الجائز اثبات جميع التصرفات المدنية بهما عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة أو عند قيام المانع (١) .

ونبحث الآن القاعدة العامة ثم الاستثناءات .

(١) والقاعدة بشقيها والاستثناء بشقيه تعتبر جميعاً من مسائل القانون ، فيخضع تطبيقها لرقابة محكمة النقض (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٦ ص ٣٨٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٦ ص ٥٥٨ — دى باج ٣ فقرة ٩٣٢) . على أنه لا تجوز إثارة هذه المسائل لأول مرة أمام محكمة النقض ، لأنها ليست من مسائل النظام العام كما سئرى .

المبحث الأول

القاعدة العامة

١٨٩ - الأصل التاريخي لهذه القاعدة : نبتت هذه القاعدة

في القانون الفرنسي القديم . وقد كان هذا القانون كغيره من القوانين القديمة^(١) ، يجعل البيئة هي الأصل في الإثبات ، فيجوز إثبات أى التزام بها أيا كانت قيمته^(٢) .

وبقيت هذه الحال سائدة إلى أن انتشرت الكتابة ، وبدأ الناس بألفون تدوين عقودهم ومعاملاتهم . فصدر قانون في فبراير سنة ١٥٦٦ ، سمي «أمر مولان» (Ordonnance Moulins) ، تقضى المادة ٥٦ منه بوجوب تدوين المعاملات

(١) فالفقه الإسلامي لا يعتد بالكتابة اعتداده بالشهادة . فالشهادة عنده هي البيئة التي لها المقام الأول في الإثبات . أما الكتابة فيحذر منها كل الحذر ، لأن الخطوط — كما يقول الفقهاء — قابلة للمشابهة والمحاكاة .

والواقع من الأمر أن الكتابة لم تكن في العصور الأولى التي ترعرع فيها الفقه الإسلامي منتشرة بين الناس ، ولم يكن فن الخط قد تقدم تقدمه في العصور التي تلت ، فكان من الصعب الاعتماد على الكتابة في الإثبات (انظر في هذا المعنى موران Morand : دراسات في الفقه الإسلامي الجزائري ص ٣١٣ - ص ٣١٨) .

وقد أتى القرآن الكريم في آية المدائنة بأرقى مبادئ الإثبات في العصر الحديث . قال الله تعالى : «يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ، وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله ، فليكتب ، وليملأ الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً» . فالأولوية في الإثبات إذن للكتابة . ولكن لما كانت حضارة العصر تقصر دون ذلك ، وتقف عن مجاراة هذا التقدم ، لم يستطع الفقهاء إلا أن يسايروا حضارة عصرهم ، فإذا بالفقه الإسلامي يرتفع بالشهادة إلى مقام تنزل عنه الكتابة نزولاً بيناً . ومن العجيب أن عصر التقليد في الفقه الإسلامي لم يدرك العوامل التي كانت وراء تقديم الشهادة على الكتابة ، فظل يردد ما قاله الفقهاء الأولون في تقديم الشهادة ، وذلك بالرغم من أنهم كانوا يستطيعون أن يقلبوا الوضع فيقدموا الكتابة ، يؤازروهم في ذلك انتشار الكتابة ، وتظاهروا بآيات القرآن الكريم . (٢) وقد رأينا أن المثل كان قد درج في القانون الفرنسي القديم على أن «الشهادة فوق

الكتابة» أو كما يقول لوازيل Loisel :

Témoins passent lettres (Institutes Coutumières, liv. V, tit V, règl. 5)

التي تزيد قيمتها على مائة جنيه فرنسي في ورقة رسمية أمام موثق العقود ، وذلك نظراً للشكوى التي ترددت من عيوب الإثبات بالشهادة . وهذه الورقة هي وحدها التي تكون دليلاً للإثبات ، دون أن تقبل البينة فيما يجاوز هذا الدليل الكتابي ، أو فيما يدعى أنه اتفق عليه قبل كتابة الدليل أو في أثناء كتابته أو بعد الكتابة (avant icelui, lors et depuis) . ولا يخل هذا الحكم بجواز إثبات التعامل في ورقة عرفية . وبعد مائة عام من صدور هذا الأمر صدر أمر آخر يؤكد في سنة ١٦٦٧ ، وهو قانون لويس الرابع عشر في الإصلاح القضائي ، ويقضي بوجوب تدوين المعاملات التي تزيد قيمتها على مائة جنيه ، ولو كانت ودائع اختيارية ، في أوراق رسمية أو عرفية . ولا يقبل الإثبات بالبينة لما يخالف ما اشتملت عليه هذه الأوراق أو يجاوزها ، ولا لما يدعى أنه اتفق عليه قبل الكتابة أو في أثناءها أو بعدها ، ولو لم تتجاوز القيمة مائة جنيه ، دون أن يخل ذلك بما قد جرى العمل عليه أمام القضاة والقناصل في المسائل التجارية (١) .

وبقي هذا النص معمولاً به في القانون الفرنسي القديم . ثم نقله التقنين المدني الفرنسي نقلاً يكاد يكون حرفياً ، فنصت المادة ١٣٤١ من هذا التقنين على أنه « يجب إعداد ورقة رسمية أو عرفية لإثبات الأشياء التي تزيد قيمتها على مائة وخمسين فرنكاً ، ولو كانت ودائع اختيارية . ولا تقبل البينة فيما يخالف أو يجاوز مشتملات هذه الأوراق ، أو فيما يدعى أنه وقع قبل كتابتها أو في أثناء الكتابة أو بعدها ،

(١) ونشبت هنا الأصل الفرنسي لهذا النص الهام ، فهو المصدر التاريخي المباشر لقاعدة من أهم قواعد الإثبات ، وهو في الوقت ذاته يقرب كثيراً من نص المادة ١٣٤١ من التقنين المدني الفرنسي :

Seront passés actes par devant notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres, même pour dépôts volontaires, et ne sera reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors, ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent livres, sans toutefois rien innover pour ce regard, en ce qui s'observe en la justice des juges et consuls marchands.

(Art. 2. Titre XX, Ordonnance de 1667) .

ولو كانت القيمة تقل عن مائة وخمسين فرنكاً . وهذا كله دون إخلال بأحكام قوانين التجارة^(١) .

وقد جعل قانون نابليون نصاب البيئة مائة وخمسين فرنكاً، وكانت في القانون الفرنسي القديم مائة جنيه وقيمتها كانت تبلغ نحواً من ألفين من الفرنكات . وقد نزل نصاب البيئة إلى هذا المقدار نظراً لزيادة انتشار الكتابة كما قال جوبير (Jaubert) في تقريره عن هذا النص^(٢) ، ثم نقصت قيمة الفرنك فصدر قانون أول أبريل سنة ١٩٢٨ يرفع نصاب البيئة إلى خمسمائة فرنك . ثم هبطت قيمة الفرنك بعد ذلك هبوطاً جسيماً ، فصدر قانون ٢١ فبراير سنة ١٩٤٨ يرفع النصاب مرة أخرى إلى خمسة آلاف من الفرنكات . وفي مصر قرر نصاب البيئة منذ التقنين المدني السابق بعشرة جنيهات . ولم يتغير هذا النصاب في التقنين الجديد ، وإن كانت قيمة العملة قد نزلت نزولاً كبيراً ، للمعادلة ما بين هذا النزول الكبير وزيادة انتشار الكتابة .

ونرى مما تقدم أن « أمر مولان » كان هو نقطة التحول عن البيئة إلى الكتابة . وقد ذكر الأمر لهذا التحول سببين : (أولهما) ما تنطوي عليه الشهادة من خطر ، ليس فحسب من حيث فساد ذمة الشهود ، بل أيضاً من حيث ضعف ذاكرتهم واحتمال تطرق السهو والنسيان إليها . (والثاني) ما يستتبع السماح بالبيئة في الإثبات من كثرة القضايا التي ترفعها الناس اعتماداً على سهولة اصطیاد الشهود وشرائهم عند الضرورة ، وما يترتب على ذلك من ازدحام المحاكم بالقضايا وتراكم هذه القضايا وتعقدها وطول إجراءاتها . ويضيف « بارتان » سبباً ثالثاً ، هو ما ينطوي

(١) وهذا هو الأصل الفرنسي لنص المادة ١٣٤١ ، لمقارنته بمصدره التاريخي المتقدم الذكر :

Art. 1341 : Il doit être passé acte devant notaire ou sous signatures privées de toutes choses excédant la somme ou la valeur de cent cinquante francs, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.

انظر في هذه المسألة أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦١ هامش رقم ١ .

(٢) فينيه (Fenet) ١٣ ص ٣٩٦ — لوكريه (Locré) ١٢ ص ٥٢٧ .

عليه التصرف القانوني من دقة تضيق بها الشهادة . فالشهود قد يستطيعون رواية واقعة مادية ، أما أن يرددوا عبارات تم بها التصرف القانوني ترديداً صادقاً أميناً فهذا ما ينوء به كاهل الكثرة الغالبة من الشهود (١) .

١٩٠ - هل تعتبر هذه القاعدة العامة بغيرها من النظام العام :

بقي ، قبل الدخول في تفصيلات هذه القاعدة العامة ، أن نبين هل هي تعتبر

(١) بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش رقم ٣ مكرر . يضاف إلى هذه الأسباب الثلاثة أن التصرف القانوني هو الذي تستطيع هيئة الدليل الكتابي له عند وقوعه ، فهو وحده الواقعة القانونية التي تقبل عادة الدليل المهيأ (preuve préconstituée) . هذا إلى أن الإرادة في القديم كانت الشكلية تحوطها فتجعلها بمنجاة من الغلط والسهو والتدليس والإكراه وغير ذلك من الشوائب . فلما زالت الشكلية في انعقاد التصرف القانوني ، حلت الكتابة محلها في إثباته . وما الكتابة إلا ضرب من ضروب الشكلية ، أكثر مرونة وأقل تعقيداً وأيسر كلفة . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «ويرجع ما اصاب قيمة حجية البيئة من تطور إلى عدم التيقن من سلامتها . وقديماً كان الإثبات بالبيئة جائزاً في الشرائع اللاتينية دون قيد ، بسبب شكلية التصرفات القانونية بوجه خاص . وكانت القاعدة السائدة إذ ذاك تقديم البيئة على الكتابة . وقد أبقي تقنيننا المرافعات الألمانية والنمساوي على هذه القاعدة . ولكن سلطانها تزعزع في فرنسا من جراء التطور الذي بدأ بصدور أوامر مولان في سنة ١٥٦٦ . وقد عرض واضعو المشروع الفرنسي الإيطالي لمسألة الإثبات بالبيئة ، وجعلوا منها محلاً لنقاشهم (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسي الإيطالي) ، وانتهوا من ذلك إلى أن العدول عن نظام تقييد الإثبات ، وعن إيثار الدليل الكتابي بالصدارة ، إن هو إلا نكوص عن المضي في سبيل التقدم . وليس يقتصر الأمر في توجيه تقييد الإثبات بالبيئة على خطر إغراء الشهود والادلاء بالشهادة زوراً ، بل هو يجاوز ذلك بوجه خاص إلى ما يقع من أخطاء الشهود بسبب ما قد يعوزهم من دقة الملاحظة ، أو قوة الذاكرة ، فضلاً عن ندرة احتمال وجودهم إذا كان العهد قد تقدم على الوقائع . والواقع أن تحريف الشهادة أو تلفيقها لا يعتبر أهم خطر يعرض بشأن الإثبات بالبيئة . وإنما يمثل هذا الخطر في انتفاء ضمانات فعلية لا حيلة للقانون فيها . فقد أسفرت أحدث الدراسات النفسية ، كما أسفرت تجارب القضاء ، عن تناقض أقوال من يسمعون من الشهود في يوم وقوع الحادث ، مع القطع بتوافر حسن النية فيهم . فأى ضمان يكفل صحة الشهادة ودقتها إذا سمع الشهود بعد ذلك بعشر سنوات أو أكثر ، وأنى لدى الشأن ببقاء الشهود على قيد الحياة وإلمامهم بمصائرهم إذا قدر إجراء التحقيق بعد زمن طويل ؟ والحق إن ما يعد ذوو الشأن من المحررات عند إنشاء التصرف القانوني كفيل بتحمي هذه الأخطار جميعاً . فإذا قرن ذلك بشيوع انعقاد التصرفات بالكتابة ، وتأصل الاطمئنان إليها في تقاليد العمل والتشريع ، ظهر وجه الإبقاء على قاعدة تقييد الإثبات بالبيئة وإيثار الكتابة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٤ - ص ٣٩٥) .

من النظام العام . فانها إذا اعتبرت كذلك ، لم يجز الاتفاق على أن يكون الإثبات بالكتابة فيما لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، ولا أن يكون الإثبات بالبينة فيما تزيد قيمته على عشرة جنيهات أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها . ثم يكون للمحكمة أن تقضى بهذه الأحكام من تلقاء نفسها ، ولا تعتد بنزول الخصوم عنها ، ويجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض . ونبحث هذه المسألة الهامة في القانون الفرنسى ، ثم فى القانون المصرى .

القانون الفرنسى : الفقه والقضاء فى فرنسا مختلفان فيما إذا كانت هذه القاعدة تعتبر من النظام العام . فالفقه الفرنسى يذهب إلى وجوب اعتبارها من النظام العام^(١) ، كما يبدو من الأسباب التى ذكرت فى أمر مولان (Moulins) وهو أول سند تشريعى لهذه القاعدة . والفقه ، وهو يأخذ فى شبه إجماع^(٢) بهذا رأى ، يستند إلى الحجتين الآتيتين : (أولاً) أن القانون فى تنظيمه طرق الإثبات إنما يبنى الوصول إلى خير الحلول لحسم النزاع ما بين الأفراد ، ومن ثم فهو يحس تنظيم القضاء نفسه ، وتنظيم القضاء يعتبر من النظام العام^(٣) . (ثانياً) أن

(١) تولىه ٩ فقرة ٣٦ — فقرة ٤١ — ماركاديه م ١٣٤٨ فقرة ٨ — لارومبيير ٥ م ١٣٤٧ فقرة ١ — فقرة ٢ — ديمولومب ٣٠ فقرة ٢١٣ — لوران ١٩ فقرة ٣٩٧ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦١ ص ٢٩٩ وهامش رقم ٥ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥١٧ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٥٤ وقارن فقرة ١٢٨٧ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٧٧٣ — جوسران ٢ فقرة ٢٠٣ — ليبال (Le Balle) فى الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات فى القانون المدنى رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — سيسيوريانو (Sescioreano) فى الاتفاقات الخاصة بإثبات براءة ذمة المدين رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ — قارن بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٨ .
(٢) ذلك أن هناك من الفقهاء الفرنسيين من يذهب مع القضاء الفرنسى إلى أن هذه القاعدة لا تعتبر من النظام العام : ديرانتون ١٣ فقرة ٣٠٨ وفقرة ٣٢٩ — بونيه ١ فقرة ١٧٧ — هيك ٨ فقرة ٢٩٠ — بارتان على أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش ٣ مكرر — هيمار ٢ فقرة ١٨٠٨ .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٨ — ويقول بيدان وپرو فى هذا المعنى إن القضاء، بعد أن كان فى القديم ذا صبغة تعاقدية فيما بين الخصوم ، أصبح الآن من شؤون الدولة . ومنذ رأى المشرع من المناسب أن يتدخل ليحد من تحكم القاضى ولينعه من أن يكل نفسه إلى محض اقتناعه ، فقد قدر أن حسن تنظيم القضاء يجب حتماً أن يعلو على المصالح الخاصة للخصوم ، مهما كانت هذه المصالح مشروعة ، وإلا كان من الأيسر أن تترك للقاضى حريته كاملة فى الإثبات (بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٥٤) .

الاعتبار الأساسى الذى استند إليه المشرع فى تحريم البيئة إلا فى حدود ضيقة هو أن السماح بها يفسح المجال للإكثار من رفع القضايا وازدحام المحاكم بها اعتماداً على تصيد الشهود وشرائهم عند الاقتضاء ، وهذا الاعتبار يتصل أوثق الاتصال بالنظام العام^(١). ويرتب الفقه الفرنسى على أن القاعدة تعتبر من النظام العام أنه لا يجوز الاتفاق على الإثبات بالبيئة أو بالقرائن فيما تزيد قيمته على النصاب ، أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ولو لم تزد قيمته على النصاب . كذلك لا يجوز الاتفاق على الإثبات بالكتابة فيما لا تزيد قيمته على النصاب^(٢) . ويستوى فى ذلك أن يكون الاتفاق ما بين الخصوم على ما يخالف القاعدة واقعاً قبل رفع النزاع إلى المحكمة أو بعد رفعه ، ففي الحالتين يكون الاتفاق باطلا لمخالفته للنظام العام^(٣) . وللقاضى أن يحكم من تلقاء نفسه ، دون طلب من الخصوم بل بالرغم

(١) وجاء فى الموجز للمؤلف ، فى هذا الصدد ما يأتى : « عندما يتطلب القانون دليلاً كتابياً ، يبرر الفقهاء ذلك عادة باعتبار ثلاث : (أولها) حرص القانون على التقليل من المنازعات والخصومات ، لأن الدائن إذا علم أن الدليل الكتابى واجب حرص على الوصول إليه ، فلا يصير للمدين مجال كبير لإنكار الدين ومنازعة الدائن . وكذلك الأمر من جهة الدائن الذى لم يصل إلى الدليل الكتابى المطلوب ، فإن أمله فى كسب الدعوى يكون ضعيفاً فيبعد عن التفكير فى الالتجاء إلى التقاضى . (ثانياً) عدم الطمأنينة إلى شهادة الشهود ، فإن الذاكرة البشرية يتطرق إليها من عوامل الضعف ما لا يعترى الورق المكتوب ، ولا يمكن الاحتراز من السهو والنسيان (ثالثاً) عدم الثقة بالشهادة فى جميع الأحوال ، فاحتمال شراء الشهود أو التأثير فيهم ليقرروا غير الواقع احتمال يتحقق كل يوم . والاعتباران الأولان من شأنهما أن يجعلاً القاعدة التى تتطلب الدليل الكتابى من النظام العام ، بعكس الاعتبار الثالث (الموجز ص ٧٠٠ هامش رقم ٧) .

(٢) وهناك من يذهب إلى التمييز بين الاتفاق على الإثبات بالبيئة حيث يجب الإثبات بالكتابة — وهذا لا يجوز لأن الأصل فى إثبات التصرفات المدنية هى الكتابة فلا يجوز الاتفاق على الإثبات بغيرها — وبين الاتفاق على الإثبات بالكتابة حيث يجوز الإثبات بالبيئة ، وهذا يجوز لأن الإثبات بالبيئة فى التصرفات المدنية استثناء فالاتفاق على الرجوع إلى الأصل جائز . (Juris-classeur ١٥١ م ١٣٤١-١٣٤٤ فقرة ٩ — فقرة ١٧) .

(٣) ويميز بعض بين الاتفاق مقدماً على طريق للإثبات غير الذى عينه القانون ، كتابة أو بيئة — وهذا لا يجوز ، لأن النزاع لم يتحدد ، فلا يجوز تقييد الخصم مقدماً ، قبل معرفة حدود النزاع ، بطريق للإثبات لم يعينه القانون — وبين الاتفاق على طريق للإثبات بعد قيام النزاع ومعرفة حدوده ومداه ، ولو كان هذا الاتفاق ضمناً بعدم اعتراض الخصم على طريق الإثبات الذى سلكه خصمه — وهذا جائز لأن النزاع قد تحدد والخصم قد قبل هذا الطريق للإثبات وهو عالم بمدى النزاع وأهميته فلا غرر فى ذلك (Juris-classeur ١٥١ م ١٣٤١-١٣٤٤ فقرة ٩ — فقرة ١٧) . =

من تنازلهم أو من اتفاقهم على العكس ، بوجوب تطبيق الأحكام التي تقضى بها هذه القاعدة . وللخصوم أن يتمسكوا بهذه الأحكام ، ولو لأول مرة ، أمام محكمة النقض .

أما القضاء الفرنسي فيذهب ، في شبه إجماع كذلك ، إلى أن القاعدة وإن كانت تتعلق بالمصلحة العامة إلا أنها ليست من النظام العام^(١) ، وذلك للاعتبارين الآتين : (أولاً) أن الإثبات إنما يتناول حقوقاً فردية للخصوم ، وللخصم أن ينزل عن حقه ، فيملك من باب أولى أن يتفق مع خصمه على طريق إثباته^(٢) . (ثانياً) أن موقف القاضي في الإثبات هو موقف الحياد التام ، والخصوم وحدهم هم الذين يقومون بالنشاط الإيجابي في الإثبات . فلهم ، إذا شاءوا ، أن يعينوا بالاتفاق فيما بينهم الطرق التي يثبتون بها حقوقهم دون تدخل من القاضي . ولا

= بل هناك من يميز بين سكوت الخصم وعدم اعتراضه على طريق الإثبات الذي سلكه خصمه — وهذا السكوت لا يعتد به ويحتم القاضي أن يكون طريق الإثبات هو الطريق الذي عينه القانون — وبين رضاء الخصم بطريق الإثبات الذي سلكه خصمه رضاء صريحاً — وهذا الرضاء الصريح يعتد به فيقر القاضي طريق الإثبات الذي ارتضاه الخصم . ولا مبرر للتفريق ما بين الرضاء الصريح والرضاء الضمني ، فإذا جاز الرضاء الصريح وجب أن يجوز الرضاء الضمني ، وإذا لم يجز الرضاء الضمني وجب ألا يجوز الرضاء الصريح (انظر في هذه المسألة أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦١ هامش رقم ٥) .

(١) ويقول القضاء الفرنسي في هذا المعنى :

L'art. 1341 est bien d'intérêt général, mais non d'ordre public.

(نقض فرنسي ٢٤ أغسطس سنة ١٨٨٠ دالوز ٨٠ — ١ — ٤٧٧ — ٢١ أبريل سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٦ — ١ — ٣٩٣ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٣ — ١ — ٧٦ — أول أغسطس سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٩ — ١ — ٣٩٨) — وهكذا من يحسب أن القاعدة قد استلهمت في المكان الأول اعتبار تقليل المنازعات ، بعدم الالتجاء إلى الشهادة بقدر الإمكان ، يعتبرها من للنظام العام . ومن يحسبها قد استلهمت كأساس لها عدم الثقة في أمانة الشهود ، لإمكان التأثير فيهم ، لا يعتبرها من النظام العام (Juris-classeur ١٥١ م ١٣٤١ — ١٣٤٤ فقرة ٩ — فقرة ١٧ — انظر أيضاً الموجز للمؤلف ص ٧٠٠ هامش رقم ٧) .

(٢) ويقال في هذا المعنى إن الاتفاق على طريق الإثبات يمكن أن يكون عند تحليله بمثابة نزول عن الحق ، إما نزولاً غير مقيد أو نزولاً مطلقاً على شرط . فالاتفاق على إثبات حق هو اتفاق على الحق ذاته . فإذا كان صاحب الحق يمكنه أن يتصرف في حقه ، فإنه يستطيع كذلك أن ينظم بالاتفاق طرقاً لمنحه أو منعه ، ومن ثم يستطيع أن يخضعه لطريق معين للإثبات (بلانيول وريير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٨) .

يتدخل المشرع ، في رسم طرق الإثبات ، إلا إذا لم يتفق الخصوم ، صراحة أو ضمنه ، على شيء من ذلك (١) .

ويرتب القضاء الفرنسي على أن القاعدة لا تعتبر من النظام العام عكس النتائج التي يربتها الفقه الفرنسي على أن القاعدة تعتبر من النظام العام . فيجوز الاتفاق على الإثبات بالبينة أو بالقرائن فيما تزيد قيمته على النصاب ، أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ولو لم تزيد قيمته على النصاب (٢) . ويجوز الاتفاق كذلك على الإثبات بالكتابة فيما لا تزيد قيمته على النصاب (٣) . ويستوى في هذا الجواز أن يكون الاتفاق واقعاً قبل رفع النزاع إلى المحكمة أو بعده (٤) . وليس للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه بوجوب تطبيق الأحكام التي تقضي بها هذه القاعدة إذا نزل الخصوم عن التمسك بها صراحة أو ضمناً ، أو حتى إذا اقتصر الخصم على عدم الاعتراض على خصمه وهو يخالفها في إثبات ما يدعيه (٥) . وليس للخصوم أن يتمسكوا بهذه الأحكام لأول مرة أمام محكمة النقض (٦) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٨ .

(٢) محكمة رن الاستئنافية ٢٥ فبراير سنة ١٨٤١ سيريه ٤١ — ٢ — ٤٢٧ — قارن : نقض فرنسي ٦ يناير سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ — ١١٦ — ٢٤ مارس سنة ١٩٤٢ دالوز ١٩٤٢ — ٦٤ — ٣ أغسطس سنة ١٩٤٩ جازيت دي پاليه ١٩٤٩ — ٢ — ١٠٦ — بل ويجوز الاتفاق على إعطاء القاضي حرية كاملة في الحكم بمقتضى اقتناعه الشخصي (نقض فرنسي ١٣ ديسمبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٢ — ١ — ١٥٨) .

(٣) بل ويجوز الاتفاق على أن يقصر الإثبات على طريق محدد في طبيعته وفي شكله (نقض فرنسي ٨ أغسطس ١٩٠١ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٤٨ مع تعليق شوفجران (Chauvegrin) — ١٠ مارس سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧ — ١ — ٣٣٨ — ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩١ سيريه ٩٥ — ١ — ٤٠٢ — ٣٠ يولييه ١٨٨٤ دالوز ٨٥ — ١ — ٤٣٩ — ٦ أغسطس ١٩٠١ دالوز ١٩٠١ — ١ — ٤٧٢) .

(٤) Juris - classeur ١٥١ م ١٣٤١ — ١٣٤٤ فقره ٩ — فقرة ١٧ .

(٥) نقض فرنسي أول أغسطس ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٩ — ١ — ٣٩٨ — ٦ يناير سنة ١٩٣٦ جازيت دي پاليه ١٩٣٦ — ١ — ٥٧٦ (يعتبر الخصم متنازلاً عن حقه في التمسك بالإثبات بالكتابة إذا اشترك في التحقيق الذي أمرت به المحكمة أو طلب إجراء تحقيق مضاد لنفي التحقيق الأول) — نقض فرنسي ٥ مايو سنة ١٩٤١ سيريه ١٩٤١ — ١ — ١٧٤ (وكذلك إذا حضر أمام الحبير) — محكمة كولمار ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ جازيت دي پاليه ١٩٣٣ — ١ — ٢٣٢ (بل إذا هو لم يعارض في إجراء التحقيق) .

(٦) نقض فرنسي ٢٦ يونيو سنة ١٨٨٢ دالوز ١٨٨٣ — ٧٨ — ٨ يونيو سنة ١٨٩٦ =

القانون المصري : أما في مصر ، وفي عهد التقنين المدني السابق ، فقد كان الفقه والقضاء متفقين على أن القواعد المتعلقة بطرق الإثبات ، إذا كانت تجيز البيينة ، لا تعتبر من النظام العام ، فيجوز للطرفين أن يتفقا على أن الإثبات لا يكون إلا بالكتابة حتى لو لم تزد قيمة الالتزام على عشرة جنيهات^(١) .

= دالوز ١٨٩٧ — ١ — ٤٦٤ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٧ — ١ — ٣٩٦ — ٢٢ فبراير ١٩١١ دالوز ١٩١٣ — ١ — ٣٦٠ — ٢٦ مارس سنة ١٩٣٥ سيريه ١٩٣٦ — ١ — ١٨١ — ٦ يناير سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ — ١١٥ — ١٢ مايو سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ — ٤١٠ — ٢٤ مارس سنة ١٩٤٢ دالوز ١٩٤٢ — ٦٤ — ١٩ يونيو سنة ١٩٤٧ جازيت دي باليه ١٩٤٧ — ٢ — ٨٤ ، محكمة النقض البلجيكية ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ باسيكريزي ١٩٤٧ — ١ — ٢٩ .

أنظر في أحكام القضاء الفرنسي في هذه المسائل بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٠ — بيدان و برو ٩ فقرة ١١٥٥ .

(١) والتون ١ ص ٣١٩ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٩٣ — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يجوز الاتفاق على الإثبات بالكتابة فيما لا يزيد على عشرة جنيهات ، كما إذا اتفق على ألا يعتبر السداد إلا بإيصال أو استلام سند الدين مؤشراً عليه بالسداد (استئناف مصر ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٣٣ ص ١٨٠ — أنظر أيضاً : استئناف أهلى ١٦ فبراير سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٧ ص ١٣ — ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ١٧٠ — ١٨ يناير سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ٢٦٧ — الأقصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٣٤ ص ٢٠٧) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه متى نص في عقد ولو في مسائل التجارة على أن براءة الذمة لا تثبت إلا بتسليم السند أو بمخالصة بالكتابة ، فالإثبات لا يمكن حصوله بالبيينة (استئناف أهلى ١٦ فبراير سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٧) . وقضت محكمة جرجا بأن اشتراط المدين على نفسه في سند دين قيمته أربعمائة قرش هدم الإدعاء ببراءة ذمته إلا باستلام السند نفسه أو مخالصة ممضاة من الدائن ، وألا عبءة بالإثبات بالبيينة ، هو شرط يجب اعتباره صحيحاً ، فإن الشارع وضع حداً للشهادة الشفوية تخوفاً منها واحترازاً ، وإنما أجازها القانون في الأحوال التي أجازها لفائدة المتعاقدين الذين لهم التنازل عنها (جرجا ١٣ أكتوبر سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١٠) . وقضت محكمة الأقصر بأن الشرط الذي يذكر في سند دين بخمسة قرش على أن الدفع لا يثبت إلا بالكتابة ، وأن الإثبات بالبيينة لا يقبل ، هو شرط صحيح لأنه لا يخالف النظام العام (الأقصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١١) . وقضت محكمة عابدين بأنه إذا نص في السند على أنه لا تبرأ ذمة المدين من المبلغ المبين به إلا باستلامه مؤشراً عليه بالسداد ، وأنه لا تجوز الشهادة في ذلك ، كان طلب المدين الإحالة على التحقيق لإثبات براءة ذمته من جزء من المبلغ غير مقبول (عابدين ١٤ يونيو سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ٥١٥ ص ١٢٤٠) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الاتفاق في سند الدين على أن الوفاء يجب إثباته بالكتابة ، ولا يجوز إثباته بالبيينة حتى فيما يجوز قانوناً =

أما إذا كانت قواعد الإثبات تتطلب الكتابة : فقد كان هناك رأى يعتبر هذه القواعد من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق مقدماً على الإثبات بالبيئة ، بل لا يجوز نزول أحد الطرفين عن حقه في الإثبات بالكتابة أثناء رفع الدعوى ، وللقاضى من تلقاء نفسه أن يرفض الإثبات بالبيئة حتى لو قبلها الخصمان^(١) . وكان هناك رأى ثان يميز بين الحالتين ، فلا يجوز الاتفاق مقدماً على جواز الإثبات بالبيئة ، ولكنه يجوز تراضى الخصمين أثناء رفع الدعوى على قبول البيئة في الإثبات إذ يكون قد تبين لهما مدى النزاع وأهميته^(٢) . وكان

= إثباته بالبيئة ، هو اتفاق صحيح ويجب إعماله (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١١٥ - أنظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٩٦ - ٥ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٤ - ٣١ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٤٠) .

(١) الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٩٢ - وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الإثبات بالكتابة فيما زاد على ألف قرش هو أمر من النظام العام ، وبأن للمحكمة أن تحكم بعدم جواز الإثبات بالبيئة في هذه الأحوال حتى لو قبل الخصوم الإثبات ، كما أن لها أن تحكم بذلك في أية حالة كانت عليها الدعوى (استئناف مصر ١٩ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٣٥ ص ١٠٥٣) . وقضت محكمة بنى سويف الكلية بأنه لا يجوز للخصوم الاتفاق على ما يخالف القاعدة المقررة في المادة ٢١٥ مدنى (م ٤٠٠ جديد) التى تقضى بعدم جواز الإثبات بالبيئة فيما يزيد على عشرة جنيهات ، إذ أن الشارع في تقريره هذه القاعدة لم يتوخ إلا مصلحة النظام العام (بنى سويف الكلية ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٨٨) .

(٢) والتون ١ ص ٣١٨ - ص ٣١٩ - وهذا هو الرأى الذى كان القضاء يسير عليه في الكثرة الغالبة من أحكامه . والأحكام التى نذكرها فيما يلى تشير إلى جواز تراضى الخصمين أثناء الدعوى على قبول البيئة في الإثبات ، ولم يعرض أى من هذه الأحكام إلى جواز الاتفاق مقدماً على جواز الإثبات بالبيئة :

قضت محكمة النقض بأن الإثبات بالبيئة في الأحوال التى لا يجوز فيها ذلك ليس من النظام العام . فإذا طالب شخص بمبلغ يزيد على الحد الجائز فيه الإثبات بالبيئة والقرائن ، مستنداً في ذلك إلى عقد رهن قال إنه سرق منه في حادثة جنائية ، وطلب الإثبات بالبيئة ، ولم يدفع المدعى عليه بعدم جواز ذلك ، كما أنه لم يبد اعتراضاً منذ تنفيذ الحكم الصادر بحالة الدعوى إلى التحقيق ، فهذا يعتبر قبولاً منه للإثبات بالبيئة يمتنع معه على المحكمة الاستئنافية أن تتعرض من تلقاء نفسها لهذا الأمر (نقض مدنى ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٧ ص ٣١٦) . وقضت محكمة النقض في دائرتها الجنائية بأن السكوت عن التمسك بالدفع بعدم جواز الإثبات بالبيئة قبل البدء في سماع الشهادة مسقط له ، إذ الأصل أن الذى يدعى عليه بحق كما يملك الاعتراف به لصاحبه ، فيعفيه من إقامة الحجة عليه به ، يملك التنازل صراحة أو دلالة عن حقه في مطالبة المدعى بالإثبات بطريق خاص قانعا منه بغيره ، لأن مراعاة قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام (نقض جنائى ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١ ص ١٠) . وقضت أيضاً بأن الدفع بأن المحكمة أخطأت =

هناك رأى ثالث لا يعتبر هذه القواعد من النظام العام ، دون تمييز بين حالة وحالة ، فيجيز تراضى الخصمين على قبول البينة أثناء رفع الدعوى ، بل ويجيز الاتفاق مقدماً على الإثبات بالبينة ، فعنده أن جميع القواعد المتعلقة بطرق الإثبات ، سواء كانت تحتم الكتابة فى الإثبات أو تجيز الإثبات بالبينة ، ليست

= إذ أخذت بشهادة الشهود فى إثبات ما تزيد قيمته على ألف قرش ليس من النظام العام ، فلا يجوز التمسك به لأول مرة لدى محكمة النقض (نقض جنائى ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٩٤ ص ٦٧٨). وقضت أيضاً بأن سكوت المتهم بالتبديد عن التمسك قبل البدء فى سماع شهادة الشهود بعدم جواز إثبات تسلمه المال المدعى تبديده بالبينة مسقط لحقه فى الدفع بذلك . إذ الأصل أن المدعى عليه بحق ما دام له أن يعترف بالحق المدعى به فيعفى المدعى من أن يقدم أى دليل عليه ، فإنه يكون له أن يتنازل ولو ضمنا عن حقه فى مطالبة المدعى بالإثبات بالطريق المعين فى القانون اكتفاء بغيره ، ومراعاة قواعد الإثبات فى المواد المدنية لا شأن لها بالنظام العام . وإذن فإذا كان المتهم لم يوجه أى اعتراض على سماع شهادة الشهود قبل البدء فى إدلائهم بالشهادة ، حتى ولا بعد الانتهاء من سماعهم ، فإن ذلك منه يعد تنازلاً عن حقه فى مطالبة المحجى عليه بالإثبات بالكتابة إذا كان الحق المطالب به مما يجب إثباته بالكتابة ، ويمنعه من أن يتمسك بهذا للدفع أمام المحكمة الاستئنافية فيما بعد (نقض جنائى ٥ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢١٥ ص ٦٣٨) . وقضت أيضاً بأن القيود التى جاء بها القانون المدنى فى مواد الإثبات لم توضع للمصلحة العامة وإنما وضعت لمصلحة الأفراد ، فالدفع بعدم جواز إثبات الحق المدعى به بالبينة يجب على من يريد التمسك به أن يتقدم به إلى محكمة الموضوع . فإذا هو لم يثر شيئاً من ذلك ، بل ناقش أقوال الشهود الذين سمعوا فى مواجهته ، فإنه يعتبر متنازلاً عن حقه فى الإثبات بالطريق الذى رسمه القانون ، ولا يكون له من بعد أن يتمسك بهذا الدفع أمام محكمة النقض (نقض جنائى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ١٦٠ ص ٣٧٥) . وقضت أيضاً بأن قواعد الإثبات فى المواد المدنية ليست متعلقة بالنظام العام ، فيجب على من يدعى عدم جواز إثبات الحق المدعى عليه به بالبينة أن يدفع بذلك لدى محكمة الموضوع قبل سماع الشهود . فإذا هو لم يتقدم بهذا الدفع إلا بعد سماع الشهود ، فلا يكون له أن يرجع عما سبق أن قبله ضمناً من جواز الإثبات بالبينة (نقض جنائى ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٢ رقم ١٥٠ ص ٤٥٦) . أنظر أيضاً فى هذا المعنى : نقض جنائى ٢٧ إبريل سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٨١ ص ١٩٧ - ١٩ إبريل سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ١٠١ ص ٥٣٤ - ٥ فبراير سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ١٢٨ ص ٣١٢ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ٤٦٥ ص ١٤٢٣ - ٢٢ يناير سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٣ رقم ٨١ ص ١٧٧ - ٤ فبراير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٤٨١ ص ١١٥٤). ويجوز للخصوم ، بعد أن تراضوا على أن يشهدوا شخصاً معيناً ، أن يشهدوا شاهداً غيره (نقض مدنى ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣٥ ص ٦٥٧) . ولا يعتبر الاتفاق على إثبات الحالة بمعرفة خبير معين مانعاً من رفع دعوى إثبات الحالة بخبير يعينه قاضى الأمور المستعجلة (مصر الكلية مستعجل ١٠ أغسطس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٧٢ ص ٧٥٥) .

من النظام العام (١) .

أما التقنين المدني الجديد فقد حسم ، فيما نرى ، هذا الخلاف . فقد قضت الفقرة الأولى من المادة ٤٠٠ من هذا التقنين بعدم جواز الإثبات بالبيئة إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على عشرة جنيهات أو كان غير محدد القيمة ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . فأجاز التقنين الجديد صراحةً الاتفاق على جواز الإثبات بالبيئة في تصرف قانوني تزيد قيمته على عشرة جنيهات (٢) ،

(١) وكان هذا هو رأينا في عهد التقنين المدني السابق . وكتبنا في الموجز في هذا المعنى ما يأتي : «ويمكن القول بشيء من التعميم أن عدم اعتبار قواعد الإثبات من النظام العام هو الرأي الذي يذهب إليه القضاء في فرنسا ، ويقول به الفقه في مصر ، ويحجج إليه القضاء المصري في بعض تطبيقاته ... ولا يخالفه إلا الفقه الفرنسي دون أن تصل هذه المخالفة إلى حد الإجماع . ونحن نؤيد هذا الرأي ، لأن قواعد الإثبات إذا كانت في الأصل موضوعة لضمان حسن سير العدالة والتقاضى ، إلا أن هذا لا يمنع الخصوم إذا رأوا ، فيما يتعلق بمصالحهم الشخصية ، ألا بأس عليهم من اتباع قاعدة دون أخرى ، أن يتفقوا على ذلك . فهم أحرار في تقدير ما يرونه صالحاً ، ما دام الحق المتنازع عليه لا يمس النظام العام . وهم قادرون على التنازل عن هذا الحق ، فيستطيعون ، من باب أولى ، رسم طريق خاص لإثباته . سيما أن القاعدة الأساسية في النظام القضائي هي حياد القاضي ، وتركه الخصوم يديرون دفة الدعوى كما يريدون في الحدود المشروعة . ومن رأينا أنه يجوز الاتفاق على الإثبات بالكتابة حيث يجوز الإثبات بالبيئة ، ويجوز الاتفاق على الإثبات بالبيئة حيث يجب الإثبات بالكتابة ، سواء كان هذا الاتفاق وقت رفع الدعوى ، أو من طريق تنازل أحد الخصوم عن حقه في الاستمسك بالإثبات بالكتابة ، أو كان الاتفاق مقدماً قبل قيام النزاع . ولا نستثنى إلا فرضاً واحداً : حيث يكون الحق المتنازع عليه معتبراً من النظام العام ، كما إذا وقع نزاع على الزوجية أو البنوة أو نحو ذلك ، وكان القانون يتطلب طريقاً معيناً للإثبات ، فلا يجوز للخصوم أن يتفقوا على طريق آخر ، لأن الحق المدني الذي يراد إثباته من النظام العام ، فيمتنع على الخصوم أن يحددوا عن الطريق الذي رسمه المشرع لإثبات هذا الحق ، مراعاة للاعتبارات التي لوحظت في جعل الحق من النظام العام . فالعبرة إذن ليست بقاعدة الإثبات نفسها ، بل بالحق الذي يراد إثباته » (الموجز فقرة ٦٧٠ ص ٧٠٠ — ص ٧٠١) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذه المسألة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٧ — ص ٣٩٩) — وأخص ما ورد في هذه المذكرة صريحاً في المعنى الذي نقول به ، من أن التقنين الجديد يميز الاتفاق على الإثبات بالبيئة فيما كان يجب إثباته بالكتابة ، هو ما يأتي : «وقد كان المشروع بين أن يرفع قيمة نصاب البيئة وبين أن يميز الاتفاق على مخالفة وجوب الإثبات بالكتابة ، ولا سيما بعد أن قضت محكمة النقض بجواز هذا الاتفاق (نقض مدني ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ٣٩ ص ٤٨١ رقم ١٨٨ — ومجموعة أحكام النقض ٢ ص ٣١٦ رقم ١٠٧) . وقد روى التمشي مع مذهب هذا القضاء . على أن أمر الخيار في هذا الشأن لا يزال =

فبالأولى يجوز الاتفاق على وجوب الإثبات بالكتابة في تصرف قانوني لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات^(١) . كما يجوز الاتفاق على الإثبات بالبيئة فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها . وما دام الاتفاق مقدماً على كل ذلك جائزاً ، فمن الجائز أيضاً ، من باب أولى ، أن يتم الاتفاق على كل ذلك بعد رفع النزاع . وقد يفهم مثل هذا الاتفاق دلالة من عدم اعتراض الخصم على طريق الإثبات الذي لجأ إليه خصمه ، ومن مساهمته في هذا الطريق بمناقشته للشهود في التحقيق أو بطلبه استدعاء شهود للنفي أو بأى عمل آخر . ولا يجوز للقاضي من تلقاء نفسه رفض الإثبات بالبيئة حيث يوجب القانون الإثبات بالكتابة ، من غير طلب من الخصوم . كما لا يجوز أن تثار المخالفة للقواعد المتعلقة بطرق الإثبات لأول مرة أمام محكمة النقض ، إذا لم تكن أثبتت قبل ذلك أمام محكمة الموضوع . ويجوز ، أخيراً ، الاتفاق على الإثبات بالبيئة دون القرائن ، أو على الإثبات بالقرائن دون البيئة ، وذلك فيما تزيد قيمته على عشرة جنيهات أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها^(٢) .

وننتقل الآن إلى القاعدة العامة في كل من شقيها .

= موكولا للاستحسان ، فليس ثمة ما يحول دون العدول عن هذا المذهب والنص على رفع نصاب الشهادة ، مع حظر الاتفاق على خلاف القواعد المتعلقة بالإثبات » . وظاهر أن التقنين الجديد اختار الرأي الأول ، فلم يرفع نصاب الشهادة وأباح الاتفاق على خلاف القواعد المتعلقة بالإثبات . (١) وتقع هذه التعديلات الاتفاقية في طرق الإثبات أكثر ما تقع في العقود مع الملتزمين بالمرافق العامة ، من ماء ونور ونقل وتأمين وغير ذلك . ويلاحظ عند ذلك أنها تقع في الغالب في عقود إذعان ، فيكون تفسيرها لمصلحة المذعن ، ويجوز أن تكون تعسفية فيبطلها القاضي أو ينتقص منها .

(٢) ويقول بهذا الرأي الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ٢٠ - ص ٢٢ - انظر أيضاً من هذا الرأي الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٦٧٤ - ويذهب الأستاذ سليمان مرقس إلى أن المقصود بإمكان الاتفاق على جواز الإثبات بالبيئة وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٤٠٠ هو أن يكون هذا الاتفاق بعد قيام النزاع ، حيث يكون الخصم في موقف يسمح له بتقدير ما يتعرض له بقبول الإثبات بالبيئة ، أما الاتفاق سلفاً على التحلل من وجوب الإثبات بالكتابة فإن فيه نوعاً من المضاربة ، هذا إلى أنه من الصعب تصوّره ، وإلى أن التقنين الجديد أشار إلى حكم لمحكمة النقض لم يعرض إلا للاتفاق بعد قيام النزاع (أصول الإثبات ص ٣٧٠ - ص ٣٧٣ . انظر أيضاً الأستاذ عبد الباسط جيمى في نظام الإثبات ص ١٥٨ - ص ١٦٠) . وناخذ على هذا الرأي أنه يواجه في التقنين الجديد نصاً مطلقاً لا يميز بين اتفاق تم بعد قيام النزاع واتفاق تم قبل ذلك ، فكلاهما جائز بصريح النص . أما =

المطلب الأول

لا تقبل البيئة أو القرائن في تصرفات قانونية تزيد قيمتها على عشرة جنيهاً

١٩١ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٤٠٠ من التقنين المدني الجديد على ما يأتي :

« ١ - في غير المواد التجارية ، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على عشرة جنيهاً ، أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز البيئة في إثبات وجوده أو انقضائه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك » .

« ٢ - ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف . ويجوز الإثبات بالبيئة إذا كانت زيادة الالتزام على عشرة جنيهاً لم تأت إلا من ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل » .

« ٣ - وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة ، جاز الإثبات بالبيئة في كل طلب لا تزيد قيمته على عشرة جنيهاً ، ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة ، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة . وكذلك الحكم في كل وفاء

= الفرر الذي يحتج به في حالة الاتفاق قبل قيام النزاع فلم يبلغ من الشأن ما يعيب الاتفاق إلى حد أن يجعله باطلاً ، وما أيسر على الخصم أن يتجنبه إذا خشيه بأن ينبذ أي اتفاق من هذا القبيل . وليس من الصعب تصور اتفاق على جواز الإثبات بالبيئة قبل قيام النزاع ، ويكفي لتصوره أن نفرض سند الدين مكتوباً وقد نص فيه على جواز إثبات وفاء الدين بالبيئة . وإذا كانت المذكرة الإيضاحية قد استشهدت بحكم ورد في حالة الاتفاق بعد قيام النزاع ، فذلك لأن واضع هذه المذكرة لم يكن أمامه حكم ورد في الحالة الأخرى ، فلم يسهل إلا الاستشهاد بذلك الحكم . على أن محكمة النقض ، كما رأيناها ، تطلق القول في أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام ، ولا تقصر قولها هذا على حالة دون حالة .

ويرى الأستاذ أحمد نشأت أن المادة ٤٠٠ من التقنين الجديد جاءت مطلقة ، فسوت بين الاتفاق السابق على رفع الدعوى والاتفاق اللاحق ، وكلاهما جائز . ولكنه يرى أنه « كان يحسن بالشارع في القانون المدني الجديد أن يفرق بين حالة الرضا صراحة أو دلالة أثناء سير الدعوى وبين حالة الاتفاق مقدماً عند التعاقد أو قبل رفع أي دعوى حيث يخشى أن يقصد المتعاقدان =

لا تزيد قيمته على عشرة جنيهاً^(١) .

وتنص المادة ٤٠١ على ما يأتي :

« لا يجوز الإثبات بالبينة ولو لم تزد القيمة على عشرة جنيهاً : »

« (١) »

«ب) إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته

إلا بالكتابة .

«ج) إذا طالب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على عشرة

جنيهاً ، ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة^(٢) .

= المضاربة بالشهود « (الإثبات ١ ص ٩٩ — ص ١٠٠) . واحتمال المضاربة بالشهود أضعف من أن يقوم مبرراً للخروج على أصل ثابت في القانون ، هو أن صاحب الحق إذا استطاع التصرف فيه ، فأولى به أن يستطيع تنظيم طريق لإثباته .

(١) تاريخ النص : ورد نص المادة ٤٠٠ من التقنين المدني الجديد في المادة ٣٨٨ من المشروع

التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — إذا كان الالتزام التعاقدى ، في غير المواد التجارية ، تزيد قيمته على عشرة جنيهاً ، أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز البينة في إثبات وجود الالتزام أو التخلص منه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . ٢ — ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت تمام العقد . ويجوز الإثبات بالبينة إذا كانت زيادة الالتزام على عشرة جنيهاً لم تأت إلا من ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل . ٣ — وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ، لم يقيم على أيها دليل كتابي ، جاز الإثبات بالبينة في كل طلب لا تزيد قيمته على عشرة جنيهاً ، حتى لو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة ، وحتى لو كان منشؤها علاقات بين نفس الخصوم أو عقوداً من طبيعة واحدة . وكذلك الحكم في كل وفاء لا تزيد قيمته على عشرة جنيهاً . وفي لجنة المراجعة غيرت عبارة «الالتزام التعاقدى» بعبارة «التصرف القانوني» في الفقرة الأولى ليكون الحكم أكثر دقة ، فلا يتناول العقود فحسب ، بل ينسحب على سائر تصرفات القانونية ، ولا يخرج من نطاقه إلا الوقائع المادية والتصرفات التجارية . وأضيفت عبارة «ناشئة عن مصادر متعددة» بعد عبارة «طلبات متعددة» في الفقرة الثالثة لتزيد الحكم الوارد فيها وضوحاً ، كما أدخلت بعض تعديلات لفظية أخرى ومنها حذف عبارة «لم يقيم على أيها دليل كتابي» لعدم الحاجة إليها ، فأصبح نص المادة مطابقاً تقريباً لما استقر عليه النص في التقنين الجديد ، وأصبح رقمها ٤١٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص بعد استبدال كلمة «انقضائه» بعبارة «التخلص منه» الواردة في الفقرة الأولى . ووافقت لجنة الشيوخ على المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها ٤٠٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٣ و ص ٤٠٠ — ص ٤٠١) .

(٢) تاريخ النص : ورد نص المادة ٤٠١ من التقنين المدني الجديد في المادة ٣٩٩ من

المشروع التمهيدى على وجه مطابق تقريباً . وأضافت لجنة المراجعة عبارة «ولو لم تزد القيمة على =

وتقابل هذه النصوص المادتين ٢١٥ - ٢١٦/٢٨٠ - ٢٨١ من التقنين المدني السابق^(١).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البيئات السوري المواد ٥٢ إلى ٥٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المواد ٤٨٦ إلى ٤٨٩ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المواد ٢٤١ إلى ٢٤٦ ، وفي التقنين الليبي المادتين ٣٨٧ - ٣٨٨^(٢) . وتقابل في التقنين المدني الفرنسي

= عشرة جنيهاً « في صدر المادة ، فأصبحت مطابقة لما استقر عليه النص ، وأصبح رقم المادة ٤١٤ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠١ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٢ وص ٤٠٤) .

(١) وكانت المادة ٢٨٠/٢١٥ من التقنين المدني السابق تنص على ما يأتي : « في جميع المواد ، ما عدا التجارية ، إذا كان المدعى به عبارة عن نقود أو أوراق تزيد قيمتها عن ألف قرش ديواني أو غير مقدرة ، فالأخصام الذين لم يكن لهم مانع منهم من الاستحصال على كتابة مثبتة للدين أو للبراءة لا يقبل منهم الإثبات بالبينة ولا بقرائن الأحوال » .

وكانت المادة ٢٨١/٢١٦ تنص على ما يأتي : « إنما لهم استجواب الخصم على حسب القواعد المقررة في قانون المرافعات للاستحصال على إقراره أو تكليفه باليمين » .

ولا فرق في الأحكام ما بين نصوص التقنين الجديد ونصوص التقنين القديم ، غير أن النصوص الأولى أدق صياغة وأكثر تفصيلاً ، لا سيما في تحديد أن المراد هو التصرف القانوني دون الواقعة المادية ، وفي عدم قصر محل التصرف على النقود والأوراق ، وفي كيفية تقدير قيمة التصرف القانوني في الصور المختلفة التي يفلب وقوعها في العمل على وجه يخالف في بعض هذه الصور التقنين المدني الفرنسي كما سنرى .

(٢) نصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البيئات السوري م ٥٢ : يجوز

الإثبات بالشهادة في الالتزامات غير التعاقدية . م ٥٣ : في الالتزامات التعاقدية يراعى في جواز الإثبات بالشهادة وعدم جوازه الأحكام الآتية . م ٥٤ : ١ - إذا كان الالتزام التعاقدى في غير المواد التجارية تزيد قيمته على مائة ليرة أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز الشهادة في إثبات وجود الالتزام أو البراءة منه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . أما في الالتزامات التجارية إطلاقاً وفي الالتزامات المدنية التي لا تزيد قيمتها على مائة ليرة فيجوز لإثبات بالشهادة . والباقي من النص يطابق تقريباً الفقرتين ٢ و ٣ من المادة ٤٠٠ من التقنين المدني المصري . م ٥٥ : تطابق تقريباً نص المادة ٤٠١ من التقنين المدني المصري . ونرى من ذلك ألا خلاف في الأحكام ما بين القانون السوري والتقنين المصري ، حتى في نصاب البينة ، فهو مائة ليرة في القانون السوري ، ويمادل تقريباً عشرة جنيهاً مصرية .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٤١ : إن العقود أو غيرها من الأعمال القانونية

التي يقصد بها إنشاء موجبات وحقوق أو انتقاها أو إسقاطها لا يجوز إثباتها بالبينة الشخصية إذا =

المواد ١٣٤١ - ١٣٤٦ (١).

ويخلص من نصوص التقنين المدني المصري أن التصرف القانوني لا يجوز إثباته بالبينة أو بالقرائن إلا إذا كانت قيمة الالتزام الناشئ عن هذا التصرف

= كانت قيمتها تتجاوز خمساً وخمسين ليرة لبنانية سورية، بل يجب أن ينفش لها سند لدى الكاتب العدل أو سند ذو توقيع خاص . م ٢٤٢ : تقبل البينة الشخصية : (١) في المواد التجارية . (٢) إذا كان ما يراد إثباته ليس عملاً قانونياً بل مجرد فعل مادي كالجرم أو شبه الجرم أو شبه العقد . وليس العمل القانوني الذي يعقد بين شخصين أو عدة أشخاص إلا فعلاً مادياً بالنظر إلى الأشخاص الآخرين الذين لا علاقة لهم به ، فيجوز هؤلاء أن يثبتوه على هذا الوجه . (٣) ... م ٢٤٣ : في الدعاوى التي تزيد قيمتها عن خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية ، تبقى البينة الشخصية غير مقبولة فيها وإن تكن قيمة المطلوب تقل عن هذا المبلغ . وعليه فإن طلب مبلغ يقل عن خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية لا يجوز إثباته بالبينة الشخصية إذا كان هذا المبلغ بقية أو جزءاً من دين تزيد قيمته على خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية ولم يثبت بسند خطي . م ٢٤٤ : يجب أن تقدر قيمة الدعوى بالنظر إلى الزمان والمكان اللذين تم فيهما العمل القانوني - م ٢٤٥ : إذا كانت القيمة المتنازع عليها تزيد على خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية ، فلا يجوز للمدعى أن يحجز طلبه ، ولا أن يتنازل عن قسم من دينه ، ليجعل قيمته أقل من خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية ، إذ أن العبرة لقيمة الحق المتنازع عليه لا لقيمة الطلب - م ٢٤٦ : إذا كان للمدعى على المدعى عليه عدة حقوق متميزة أصلاً وسبباً ، وكانت قيمة كل منها تنقص عن خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية مع أن قيمة المجموع تزيد على هذا المبلغ ، فإن البينة الشخصية تقبل من المدعى ولو أقام دعوى واحدة للمطالبة بحقوقه المتعددة . (وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري ، بالرغم مما بينهما من اختلاف في الصياغة والأسلوب والألفاظ . غير أن نصاب البينة في التقنين اللبناني هو خمس وخمسون ليرة لبنانية سورية ، وقيمته أقل من عشرة جنيهات مصرية) .

التقنين المدني العراقي : المواد ٤٨٦ إلى ٤٩٦ تطابق تقريباً نصوص قانون البينات السوري ، وتقرب كثيراً من نصوص التقنين المدني المصري . ولا تختلف أحكام هذه المواد عن أحكام التقنين المصري ، حتى في نصاب البينة ، فهو عشرة دنانير في التقنين العراقي ، وهي قيمة تساوي تقريباً عشرة جنيهات مصرية .

التقنين المدني للمملكة المتحدة الليبية م ٣٨٧ : مطابقة للمادة ٤٠٠ من التقنين المدني المصري - م ٣٨٨ : مطابقة للمادة ٤٠١ من التقنين المدني المصري . فالأحكام في التقنينين إذن واحدة . ونصاب البينة هو عشرة جنيهات ليبية وتساوي تقريباً عشرة جنيهات مصرية .

(١) التقنين المدني الفرنسي : م ١٣٤١ سبق إيرادها - م ١٣٤٢ : تسمى القاعدة المتقدمة (ضرورة الإثبات بالكتابة) في حالة ما إذا اشتملت الدعوى ، فوق المطالبة بالأصل ، على المطالبة بالفوائد ، وكان الأصل مضموماً إليه الفوائد يزيد على خمسة آلاف فرنك (يخالف هذا الحكم حكم الفقرة ٢ من المادة ٤٠٠ من التقنين المدني المصري) - م ١٣٤٣ : إذا طالب =

لا تزيد على عشرة جنيهات مصرية . فان كانت القمية تزيد على عشرة جنيهات ، فلا يجوز الإثبات إلا بالكتابة ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص فى القانون يجيز الإثبات بالبينة أو بالقرائن . أما الاتفاق ، فقد قدمنا أن القاعدة ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على أن يكون الإثبات بالبينة أو بالقرائن فيما يزيد على عشرة جنيهات ، كما يجوز الاتفاق على أن يكون الإثبات بالكتابة فيما لا يجاوز عشرة جنيهات . وأما النص ، فهناك نصوص قانونية تجيز الإثبات بالبينة والقرائن فيما يزيد على عشرة جنيهات ، كما إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة أو وجد مانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها بعد الحصول عليها وسرى تفصيل ذلك . كما توجد نصوص توجب الإثبات بالكتابة فيما لا يجاوز عشرة جنيهات ، من ذلك عقد الصلح (م ٥٥٢ مدنى) وعقد الكفالة (م ٧٧٣) وعقد إنشاء ملكية الأسرة (م ٨٥١ مدنى) واتفاق التحكيم (م ٨٢١ مرافعات) والشركات التجارية (م ٤٠ و ٤٦ تجارى) وشروط استخدام قبودان السفينة وضباطها وملاحها (م ٦٥ بحرى) وعقد إيجار السفينة (م ٩٠ بحرى) وعقد التأمين البحرى (م ١٧٤ بحرى)^(١) . فاذا لم يوجد اتفاق أو نص ، فالقاعدة هى

= شخص بما يزيد على خمسة آلاف فرنك ، فلا يجوز له الإثبات بالبينة حتى لو أنقص طلبه الأصل (يوافق هذا الحكم حرف (ج) من المادة ٤٠١ من التقنين المدنى المصرى) — م ١٣٤٤ : لا يجوز الإثبات بالبينة فى طلب ولو قل عن خمسة آلاف فرنك ، إذا ظهر أن هذا الطلب هو الباقي أو هو جزء من حق أكبر لم يثبت بالكتابة (يوافق هذا الحكم حرف (ب) من المادة ٤٠١ من التقنين المدنى المصرى) — م ١٣٤٥ : إذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ، لم يقيم على أيها دليل كتابي ، وكان مجموع هذه الطلبات يزيد على خمسة آلاف فرنك ، فلا يجوز الإثبات بالبينة ، حتى لو قرر المدعى أن هذه الطلبات تولدت من مصادر متنوعة ونشأت فى أوقات مختلفة ، إلا أن تكون حقوقاً انتقلت إليه بطريق الميراث أو الهبة أو غير ذلك من أشخاص متعددين (يخالف هذا الحكم حكم الفقرة ٣ من المادة ٤٠٠ من التقنين المدنى المصرى) — م ١٣٤٦ : جميع الطلبات التى ليس عليها دليل كتابي كامل ، أياً كان مصدرها ، يجب ضمها فى دعوى واحدة . ولا يقبل بعد ذلك أى طلب لا يكون عليه دليل كتابي (يخالف هذا الحكم أحكام القانون المصرى) .

(١) وكان التقنين المدنى السابق (م ٤٤٦/٣٦٣) يوجب أن يكون إثبات عقد الإيجار بالكتابة ولو لم تجاوز قيمته عشرة جنيهات . هذا أما الهبة والرهن الرسمى والوقف وبيع السفينة فتصرفات شكلية ، الكتابة فيها لانعقاد التصرف لا لمجرد إثباته .

ما قدمنا^(١) . ويقتضى الأمر إذن أن نبحث مسألتين : (أ) كيف نحدد التصرفات القانونية المدنية التي تسرى عليها هذه القاعدة . (ب) كيف نحدد قيمة الالتزامات شئة عن هذه التصرفات لئلا نرى هل تزيد على عشرة جنيهات أو لا تزيد عليها .

§ ١ — تحديد التصرف القانوني

١٩٢ — **الاتفاقات والعقود** : تسرى القاعدة المتقدم ذكرها على جميع التصرفات القانونية المدنية . فهي إذن لا تسرى على الوقائع المادية ولا على التصرفات القانونية التجارية كما تقدم القول^(٢) .

ويدخل في التصرفات القانونية المدنية جميع الاتفاقات والعقود ، أياً كان الأثر الذي يترتب عليها .

فتدخل العقود والاتفاقات التي تنشئ الالتزام أو تنقل الحق العيني ، كالبيع والقرض والإيجار والمقاولة والوكالة والعارية والوديعة^(٣) والوعد بالبيع

(١) وغنى عن البيان أن التصرف القانوني ، إذا كانت الكتابة واجبة في إثباته ، يثبت أيضاً في هذه الحالة بالإقرار وبالميمين (استئناف مختلط ٦ يونية ١٨٨٩ م ١ ص ١٦٨ — ١٣ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٣١ — ٧ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٠٦ — ٢ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٦٧ — ٦ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٥ — أول أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٥ — ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١١١ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٩ — ٢٧ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٨٧ — ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٥ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٤٧ .

(٢) أما التصرف المدني ، ولو كان بين تاجرين ، فيدخل في القاعدة (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٩٣ — ١٤ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٢) .

(٣) أما الوديعة الاضطرارية فتثبت بجميع الطرق لوجود المانع من الكتابة ، وسيأتي بيان ذلك . وفي خصوص الوديعة الاختيارية ، يلاحظ أن المادة ١٣٤١ من التقنين المدني الفرنسي ذكرتها صراحة . والسبب في ذلك أن أمر مولان (Moulin) الذي سبقت الإشارة إليه كان عاماً يشمل الوديعة وغيرها من التصرفات ، ولكن لما كان المودع عنده شخصاً مفضلاً يتبرع عادة بحفظ الوديعة ، فيتخرج المودع أن يطالبه بوثيقة مكتوبة لإثبات الوديعة ، فقد قيل في ذلك الوقت إن الوديعة لا يلزم في إثباتها الكتابة ، فجاء أمر سنة ١٦٦٧ يذكرها صراحة على أنها داخلة في القاعدة وأن الكتابة لإثباتها واجبة ، حتى يزول هذا اللبس . وانتقل هذا النص الصريح إلى المادة ١٣٤١ (بوتيه في الالتزامات فقرة ٧٨٧ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٢٣) .

أو بالشراء وغير ذلك من العقود والاتفاقات الملزمة للجانبين أو الملزمة لجانب واحد .

كما تدخل العقود والاتفاقات التي تقضى الالتزام أو تنقله ، كالوفاء والتجديد (١) وحوالة الحق وحوالة الدين (٢) .

كما تدخل العقود والاتفاقات التي تحدث أى أثر قانونى آخر ، كالاتفاق على تأجيل الدين ، أو إضافة شرط له ، أو إلغاء شرط فيه ، أو النزول عن جزء منه ، أو الاتفاق على فوائد للدين أو إنقاصها أو زيادتها أو إلغائها ، أو الاتفاق على إعطاء تأمين بالدين كرهن أو كفالة ، أو الحلول الاتفاقى .

وقد قدمنا أن القانون يتطلب ، فى بعض الأحوال ، فوق الكتابة ، شكلاً خاصاً كالرسمية ، ويكون هذا الشكل ضرورياً ، لإثبات العقد فحسب ، بل أيضاً لانعقاده ، وذلك كالهبة والرهن الرسمى . وقد يكون مجرد الكتابة ، ولو عرفية ، ضرورية لانعقاد العقد لإثباته فحسب ، وذلك كعقد الشركة (م ٥٠٧) . وقد تكون الكتابة لازمة لإثبات العقد أياً كانت قيمته ، وليست لازمة لانعقاده ، وذلك كالصلح والتحكيم . ومن ذلك نرى أن العقد قد يشترط لانعقاده كتابة رسمية ، أو كتابة عرفية ، وقد تكون الكتابة لازمة لإثبات العقد لا لانعقاده ، تارة فى جميع الأحوال ، وطوراً فيما يجاوز عشرة جنيهات (٣) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الاستبدال (التجديد) حقيقة قانونية إن صح القول فيها بأنها لا تفترض كما نص على ذلك فى المادة ١٢٧٣ من القانون الفرنسى ، فهى من الحقائق المركبة التى كما يمكن إثباتها بالكتابة الصريحة يصح إثباتها بطريق الاستنتاج كبداً للإثبات بالكتابة تعززه القرائن وظروف الأحوال المؤيدة له (نقض مدنى ٢٧ مايو سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٠ ص ١٢) .

(٢) وكذلك الإبراء فى التقنين المدنى السابق ، إذ كان يتم بالاتفاق ، لا بالإرادة المنفردة كما هو الأمر فى التقنين المدنى الجديد .

(٣) وقد قدمنا أنه إذا كان التعبير عن الإرادة فى العقد يستخلص من وضع مادى ، وجب التمييز بين التعبير عن الإرادة فى ذاته ، ويكفى فيه هذا الوضع المادى ، وبين إثبات هذا التعبير ، ولا يجوز إلا بالكتابة فيما يجاوز النصاب . ومن ذلك القسمة ، والهبة اليدوية والوكالة الضمنية (بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٥٩ ص ٣٤٠ — ص ٣٤١ وأحكام القضاء الفرنسى التى أشير إليها فى هذا المرجع — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٧) .

١٩٣ — التصرفات القانونية الصادرة عن إرادة منفردة : ولا يقتصر

سريان القاعدة على العقود والاتفاقات التي تتم بإرادتين متوافقتين ، ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد ، بل تسرى القاعدة أيضاً على كل تصرف قانوني ولو كان صادراً عن إرادة منفردة . ويرجع ذلك إلى أن كل تصرف قانوني — إرادة كان أو أكثر — يمكن إعداد الدليل عليه مقدماً ، فهو قابل للدليل المهيأ (preuve préconstituée) ، ومن ثم اشترط القانون في إثباته الكتابة إذا زادت قيمته على عشرة جنيهات^(١) .

(١) لارومبيير ٦ م ١٣٤١ فقرة ٦ — ديمولومب ٣٠ فقرة ١٤ — لوران ١٩ فقرة ٤٠٦ — هيك ٨ فقرة ٢٨ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش رقم ١ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٢٢ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٧ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٥٩ ص ٣٤٠ — وقد ورد عكس ذلك خطأ في الموجز ص ٦٩٨ .

هذا وقد قدمنا ، في تاريخ نص المادة ٤٠٠ ، أن المشروع التمهيدى كان يتضمن عبارة « الالتزام التعاقدى » ، فغيرت هذه العبارة في لجنة المراجعة بعبارة « التصرف القانوني » حتى يتناول الحكم ، لا العقود فحسب ، بل ينسحب أيضاً على سائر التصرفات القانونية ، ولا يخرج من نطاقه إلا الوقائع المادية والتصرفات التجارية . وكان المشروع الأولي للآثبات (م ٢٣) يذكر عبارة « التصرف القانوني » ، التي عدل عنها إلى عبارة « الالتزام التعاقدى » في المشروع التمهيدى ، ثم صححت العبارة في المشروع النهائي كما تقدم القول (انظر في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٥٢ هامش رقم ٢) .

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ويشترط لتطبيق الحكم الوارد في المادة ٥٣٨ من المشروع توافر شرطين : يتعلق أولهما بطبيعة التصرف الذي يجري إثباته ، ويتصل الثاني بقيمة هذا التصرف . ويراعى بالنسبة للشرط الأول ، وهو الخاص بطبيعة التصرف ، أن التقنين الفرنسى (م ١٣٤١) قد استعمل في معرض بيان هذه الطبيعة عبارة « كل شيء » وأن التقنين المصرى (السابق) قد جعل من اصطلاح « جميع المواد » بديلاً من هذه العبارة ، في حين اقتصر المشروع الفرنسى الإيطالى على ذكر « العقود » . وقد أثر المشروع الإفصاح عن مراده ، فصرف النص إلى « جميع الالتزامات التعاقدية » (ثم عدلت بعد ذلك في لجنة المراجعة فصارت « التصرف القانوني ») . على أن الفقه والقضاء في مصر متفقان على أن عبارة النص لا تتناول العقود فحسب ، بل ينسحب حكمها على سائر التصرفات القانونية ، فلا يخرج من نطاقها إلا الوقائع القانونية . وغنى عن البيان أن التصرف القانوني ينصرف إلى كل تعبير عن الإرادة يقصد منه إلى ترتيب أثر قانوني . وهو بهذه المثابة لا يقتصر على العقود فحسب ، بل يشمل الإرادة المنفردة كالإيجاب والقبول والتنازل عن حق الوفاء والإجازة . وبديهي أن صاحب الحق لا يعنى بتهيئة الدليل وقت انعقاد التصرف القانوني ما لم يكن قد قصد منه إلى ترتيب آثار قانونية لصالحه . أما الوقائع القانونية ، وهي التي يستقل القانون بترتيب آثارها ويلتزم محدثها =

فتسرى القاعدة إذن على الإيجاب الملزم ، والقبول ، والوعد بجائزة ، والإجازة (confirmation) ، والإقرار (ratification) ، والاعتراف بدين طبيعي . والإقرار بالدين ، والإبراء في التقنين المدني الجديد ، وقبول المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير ، وقبول الغير في التعهد عن الغير ، وفسخ العقد ، وإلغائه إذا كان غير محدد المدة كما في الإيجار والوكالة والعارية والوديعة ، واستعمال حق الخيار في الالتزامات التخيرية ، والرجوع في الهبة ، والنزول عن حق عيني كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الرهن ، والنزول عن الشفعة ، واعتماد الحساب ، والتنبيه بالاخلاء .

على أن هناك تصرفات قانونية بارادة منفردة يتطلب القانون فيها شكلاً خاصاً لانعقادها ، لا لإثباتها فحسب ، وذلك كالإعذار (م ٢١٩ مدني) ، وعرض الدين على الدائن (م ٣٣٤-٣٤٠ مدني)^(١) ، وتطهير العقار (م ١٠٦٥-١٠٦٦ مدني) ، والأخذ بالشفعة (م ٩٤٢)^(٢) .

= دون أن يسعى إلى ذلك ، فن المستحيل في الأصل أن يهياً دليل كتابي بشأنها . ولذلك أبيع إثبات هذه الوقائع بالبيئة ، سواء أكانت منشئة لأشياء عقود أو جنح أو أشباه جنح . وتستخلص من ذلك نتيجتان : ١ - (أولاهما) أن الوقائع المادية لا ينبغي أن تذكر بين الاستثناءات التي ترد على الحكم المتقدم ذكره ، لأن هذا الحكم لا يسرى بشأنها . وقد حاد التقنين الفرنسي والتقنين الإيطالي (م ١٣٨٤) عن جادة المنطق بازاء الالتزامات الناشئة عن أشباه العقود والجنح وأشباه الجنح ، بوصفها أمثلة لهذه الاستثناءات . ب - (والثانية) يدخل في الاستثناء التصرفات القانونية غير المعينة القيمة (انظر المادة ٢١٥/٢٨٠ من التقنين المصري) والتصرفات القانونية التي أوجب القانون بالنص إثباتها بالكتابة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٦ - ٣٩٧) .

(١) محكمة أسبوط الكلية (دائرة استئنافية) ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ؛ رقم ٨ - محكمة ملوى ٦ فبراير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١١٩ .

(٢) ويميز القضاء الفرنسي بين التصرف القانوني في ذاته وبين مشتملاته . فمما ثبت التصرف القانوني بالدليل الواجب قانوناً ، أمكن إثبات مشتملاته بالبيئة وبالقرائن . ويقول بيدان وپرو (٩ فقرة ١٢٦٤) أن الأمر واضح إذا ثبت التصرف باقرار المدين أو إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة فانه يمكن حينئذ تكملة الدليل - بإثبات المشتملات - بالبيئة وبالقرائن . أما إذا ثبت التصرف بالدليل الكتابي الكامل ، فكيف يمكن إثبات المشتملات بالبيئة وبالقرائن فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ؟ هنا يمكن القول بالتمييز بين المشتملات المادية (contenu matériel) للورقة المكتوبة ، وهذه لا يجوز إثبات ما يخالفها أو يجاوزها إلا بالكتابة ، والمشتملات المعنوية (contenu intellectuel) أي تفسير المشتملات المادية وتحديد مداها ، فهذه يمكن إجراؤها بالبيئة وبالقرائن (بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٦٤ ص ٣٤٧) .

§ ٢ — تحديد قيمة الالتزام

١٩٤ — نصاب البيئة عشرة جنيهات : حتى يجوز إثبات التصرف القانوني بالبيئة أو بالقرائن ، يجب ألا تزيد قيمة الالتزام على عشرة جنيهات مصرية . وهذه القيمة هي ذاتها التي كان التقنين المدني السابق قد حددها ، لم يرد لها التقنين الجديد بالرغم من أن قيمة العملة قد نقصت كثيراً عن ذي قبل . وكان التفكير قد اتجه ، في لجنة المراجعة ، إلى رفع هذا النصاب إلى عشرين جنيهاً . ولكن عدل عن ذلك واستبقى النصاب كما هو ، عشرة جنيهات . ومعنى ذلك أن النصاب قد نزل ، في الحقيقة ، بانخفاض قيمة العملة ، إلى أقل من الربع ، ويبرر ذلك انتشار التعليم في البلاد . وقد رأينا أن استبقاء نصاب البيئة في هذا المستوى المنخفض حمل المشرع على أن يبيح الاتفاق على الإثبات بالبيئة حيث تكون الكتابة لازمة ، وسنرى كذلك ، ولنفس السبب ، أن تقدير قيمة الالتزام في التقنين الجديد ينظر فيه إلى أصل الالتزام دون ضم الفوائد والملحقات ، وأن الدعوى إذا اشتملت على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة فلا تضم هذه الطلبات بعضها إلى بعض بل تبقى البيئة جائزة في كل طلب لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات .

وقد التزمت التقنينات المدنية العربية الأخرى نصاباً مماثلاً . فالنصاب في التقنين المدني العراقي عشرة دنانير ، وفي التقنين المدني للمملكة المتحدة الليبية عشرة جنيهات ، وفي قانون البيئات السوري مائة ليرة ، وهذه قيم تتقارب كثيراً مع قيمة النصاب في التقنين المدني المصري . أما في تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني فالنصاب أقل كثيراً ، إذ هو خمس وخمسون ليرة .

وكان النصاب في القانون الفرنسي القديم مائة جنيه . ثم نقص في تقنين نابليون إلى مائة وخمسين فرنكاً بسبب انتشار الكتابة . ولما نزلت قيمة العملة ، رفع النصاب إلى خمسمائة فرنك بقانون صدر في أول أبريل سنة ١٩٢٨ ، ثم إلى خمسة آلاف من الفرنكات بقانون صدر في ٢١ من فبراير سنة ١٩٤٨ ،

وقد تقدم ذكر ذلك^(١).

وقد يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود ، فيسهل عندئذ تحديد قيمته .
وإذا كان النقد أجنبياً حول إلى نقد مصرى بسعره وقت صدور التصرف القانونى
لا وقت المطالبة .

وإذا كان محل الالتزام شيئاً غير النقود ، قدر القاضى قيمته وقت صدور
التصرف لا وقت المطالبة ، دون أن يتقيد فى ذلك بتقدير المدعى ، وله عند
الحاجة أن يستعين بخبير . فإذا طالب المدعى بأمته أو أثاث مثلاً أودعها عند
المدعى عليه ، وقدرها بعشرة جنيهات أو أقل ، ومن ثم طلب إثبات الوديعة
بالبينة ، وعارض المدعى عليه متمسكاً بأن الأثاث المدعى به هو ملكه وأنه
لو صحت الوديعة فإن قيمة الأثاث تبلغ أكثر من عشرة جنيهات فلا يجوز إثبات
الوديعة بالبينة ، فللقاضى فى هذه الحالة أن يعين خبيراً لتقدير قيمة الأثاث وقت
إبرام عقد الوديعة لا وقت رفع الدعوى^(٢). ومتى عينت القيمة وقت إبرام العقد ،

(١) ورفع النصاب أيضاً ، بقانون ٢٣ فبراير سنة ١٩٤٩ ، إلى عشرة آلاف من الفرنكات
فيما يتعلق بالمدفوعات التى تقوم بها الدولة والأشخاص المعنوية العامة . هذا وقد جاء فى المذكرة
الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، استعراضاً للقيم المتفاوتة للنصاب فى التشريعات المختلفة ، ما يأتى :
« أما الشرط الثانى فهو يتعلق بالقيمة التى تعتبر نصاباً للشهادة . وقد حدد التقنين الفرنسى والتقنين
البلجيكي هذه القيمة بمائة وخمسين فرنكاً ، وحددها التقنين الإيطالى بخمسمائة ليرة . ثم زيدت
إلى خمسمائة فرنك بمقتضى القانون الصادر فى سنة ١٩٢٨ فى فرنسا ، وإلى ألفين من الفرنكات
بمقتضى القانون الصادر فى سنة ١٩٣٨ فى بلجيكا ، وإلى ألفى ليرة بمقتضى المرسوم الصادر فى
٢٠ سبتمبر سنة ١٩٢٢ فى إيطاليا . وجعلها المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٢٩٣) ألفى ليرة
أو فرنك . والواقع أن هبوط قيمة النقد أفضى فى الدول التى حددت نصاب الشهادة بمبلغ مائة
وخمسين فرنكاً إلى الحيلولة دون تطبيق الأحكام المتعلقة بالإثبات بالبينة عملاً . ولم يبلغ ما طرأ
على قيمة النقد المصرى من التغير مبلغ ما أصاب النقد فى أوروبا ، ولهذا لم ير المشرع وجهاً
لرفع نصاب الإثبات بالبينة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٧) . وقد رأينا أن لجنة
المراجعة ، بالرغم مما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، قد فكرت فعلاً فى رفع
نصاب البينة إلى عشرين جنيهاً ، ولكنها عدلت عن ذلك للاعتبارات التى قدمناها .

(٢) كذلك إذا تمسك أحد المتعاقدين بفسخ العقد مطالباً بتعويض لا يجاوز النصاب وطلب
الإثبات بالبينة ، جاز للمتعاقد الآخر أن يعارض فى تقدير التعويض ، وأن يتمسك بأنه حتى لو
ثبت وجود العقد ، فإن التعويض يجاوز النصاب فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة . أما إذا طالب
المدعى بقيمة شرط جزائى يقول إنه لا يجاوز النصاب ، فلا يجوز للمدعى عليه أن يعارض فى صحة =

فلا عبرة بما يطرأ عليها بعد ذلك من نقص أو زيادة^(١) .

أما إذا كان الالتزام غير محدد القيمة كدعوى تقديم حساب لا يعرف بعد رصيده^(٢) ؛ فإنه لا يجوز الإثبات هنا بالبينة أو بالقرائن ، ويعتبر الالتزام غير محدد القيمة كالتزام الذي تزيد قيمته على عشرة جنيهات فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة .

١٩٥ — العبرة بقيمة الالتزام وقت صدور التصرف لا وقت

المطالبة : وقد رأينا فيما تقدم أن العبرة بقيمة الالتزام وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة . وهذا هو الحكم الذي يتفق مع طبائع الأشياء . ذلك أن الدليل الكتابي المطلوب فيما تزيد قيمته على عشرة جنيهات هو دليل مهيأ يجب

= هذه القيمة ، وإلا كان مسلماً بوجود العقد . فلا مناص إذن من التسليم مؤقتاً بقول المدعى وإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات قيمة الشرط الجزائي ، فإن تبين من التحقيق أن القيمة تزيد على النصاب لم تقبل البينة في إثباته (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٣ وهامش رقم ٣٣) .

والعبرة بقيمة ما يبقى في ذمة المتعهد وقت التزامه . فإذا تم البيع بشمن قدره عشرون جنيهاً دفع نصفه فوراً ، فالعبرة بالنصف الذي يبقى في ذمة المشتري وقت العقد لا بكل الثمن ، لأن هذا النصف فقط هو الذي كان يخشى إنكاره وكان ينبغي الاحتياط لإعداد الدليل عليه (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٣٢ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٥٥) .

وفي إثبات عقد الرهن تكون العبرة بقيمة الشيء المرهون لا بقيمة القرض (جنح مصر المختلطة ٢ أغسطس سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٤٨ ص ٣٩٧ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ٢٠٤ هامش رقم ١ — عكس ذلك : محكمة الاسكندرية الوطنية ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٩٦ ص ١٨٦) .

وفي إثبات عقد الكفالة تكون العبرة بالمبلغ المكفول . وقد قضت محكمة تمييز العراق بأن الكفالة تتبع في أمر إثباتها أصل المبلغ المكفول به ، فإن كان مما تجوز الشهادة فيه قبلت ، وإلا فلا (القرار المرقم ١٠١٠/ص/١٩٤٨ مجلة القضاء ٦ عدد ٢٠١ ص ١٠٥ — الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٣٩٩) .

(١) الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٥٥ — ص ٣٥٦ .

(٢) ومثل ذلك أيضاً إيداع مستندات غير محددة القيمة ، كشهادة طبية أو دبلومات علمية (الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٥٤ وهامش رقم ٣ — قارن استئناف أهلي ٢٧ يناير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ١٨٥ ص ٣٣٢) . ومثل ذلك أخيراً حق الشخص في البناء على أرض ، فهو غير محدد القيمة ، ولو كانت الأرض لا تزيد قيمتها على عشرة جنيهات (قارن بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٢٦ ص ٢٢١ هامش رقم ٤) .

إعداده مقدماً عند صدور التصرف . فلا يستطيع الدائن إلا أن يقف عند هذا الوقت لمعرفة ما إذا كان واجباً عليه إعداد هذا الدليل (١) .

وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٤٠٠ ، فقد رأينا أنها تقضى بأن « يقدر الالتزام وقت صدور التصرف » (٢) . ومن ثم فالعبرة ليست بما يطلبه المدعى وقت رفع الدعوى أو بعد رفعها ، بل بقيمة الالتزام وقت صدور التصرف .

ويترتب على ذلك نتيجتان أساسيتان : (الأولى) أن المدعى إذا طالب بمبلغ أكبر من عشرة جنيهات على أساس تصرف قانوني قيمته وقت صدوره لا تزيد على عشرة جنيهات ، جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن . (والثانية) أن المدعى إذا طالب بمبلغ لا يزيد على عشرة جنيهات على أساس تصرف قانوني تزيد قيمته وقت صدوره على عشرة جنيهات ، لم يجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن بل وجب تقديم دليل كتابي .

١٩٦ - النتيجة الأولى - المطالبة بأكثر من عشرة جنيهات على

أساس تصرف قيمته لا تزيد على عشرة جنيهات : رأينا أن الإثبات هنا يجوز أن يكون بالبينة وبالقرائن ، لأن العبرة بالقيمة وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة . ويتفرع على ذلك المسائل الآتية :

(١) تقضى الفقرة الثانية من المادة ٤٠٠ من التقنين المدني بأنه : «يجوز الإثبات بالبينة (وبالقرائن) إذا كانت زيادة الالتزام على عشرة جنيهات لم تأت الا من ضم الفوائد والملحقات الى الأصل » . فهنا لا تزيد قيمة الالتزام وقت صدور

(١) أنظر في الدفاع عن هذا المبدأ في القانون الفرنسي أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٩ هامش رقم ٢٤ .

(٢) وكانت المادة ٢٨٠/٢١٥ من التقنين المدني السابق تنص على أنه « إذا كان المدعى به » وهذه العبارة توهم أن العبرة بالقيمة وقت المطالبة . ولكن النص كان يفسر ، مع ذلك ، بأن العبرة بالقيمة وقت صدور التصرف . وقد تجنب النص الفرنسي لهذه المادة اللبس الذي وقع فيه النص العربي ، فقد كان يجري على الوجه الآتي :

Quand il s'agira de sommes ou valeurs supérieures à 1000 P. T....

التصرف على عشرة جنيهاً . ومن ثم يكون من حق الدائن الإثبات بالبينة وبالقرائن ، ولو طالب المدين بأزيد من عشرة جنيهاً إذا كانت هذه الزيادة إنما أتت من ضم مصروفات الدين وفوائده إلى أصله . إذ العبرة بقيمة الالتزام في أصله وقت صدور التصرف ، وهذه القيمة لا تزيد على عشرة جنيهاً ، ولا يحسب ما يضاف إلى هذا الأصل من ملحقات وفوائد^(١) . ولو قلنا بغير ذلك لكان في هذا القول بعض الحرج على الدائن . ويكفي أن نفرض أن الدائن أقرض المدين تسعة جنيهاً بفائدة ٧٪ لمدة سنة واحدة . فمن حق هذا الدائن أن يعتمد في إثبات حقه على البينة والقرائن ، وليس عليه أن يحصل على دليل كتابي ، فإن أصل الدين تسعة جنيهاً ، بل إن أصل الدين وفوائده لمدة السنة لا تزيد كلها على عشرة جنيهاً . فإذا استمهل المدين الدائن في سداد الدين سنة أخرى وقبل الدائن ، كان مجموع الدين وفوائده في نهاية السنتين أكثر من عشرة جنيهاً . فإذا نحن لم نقتصر على أصل الدين في حساب نصاب البينة ، بل ضممنا إلى الأصل الفوائد ، لما جاز الإثبات بالبينة في هذه الحالة .

ويذهب التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٤٢) في هذه المسألة مذهباً آخر . فهو ، إمعاناً منه في كراهية الإثبات بالبينة ، يقضى بضم الملحقات والفوائد إلى الأصل في حساب نصاب البينة . ففي المثل المتقدم ما دام القرض وفوائده لمدة السنة — ومجموع ذلك كان معلوماً للدائن منذ صدور عقد القرض — لا يزيد على نصاب البينة ، فلا عليه أن يغفل كتابة سند بالدين إذ له أن يعتمد في إثبات حقه على البينة . أما إذا رضى بتأجيل الدين سنة أخرى ، فأصبح مجموع الأصل والفوائد يزيد في نهاية السنتين على نصاب البينة ، فقد كان عليه وقت أن رضى بالتأجيل أن يشترط لذلك كتابة سند بالدين وفوائده لأنه لم يعد يستطيع الإثبات بالبينة بعد التأجيل . وأما الفوائد التي لا تستحق إلا بعد رفع الدعوى فهذه لا تضم

(١) قارن الموجز للمؤلف ص ٦٩٩ . ولم يكن في التقنين المدني السابق نص مماثل الفقرة الثانية من المادة ٤٠٠ من التقنين المدني الجديد ، فكان الفقه يميل إلى الأخذ بحكم للقانون الفرنسي ، وسرى أن هذا الحكم يقضى بضم الملحقات والفوائد لحساب نصاب البينة . فإذا اعتبرنا أن التقنين الجديد قد استحدث الحكم القاضي بعدم تضم ، فإن هذا الحكم الجديد لا يسرى إلا على التصرفات التي نشأت منذ ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ سريان التقنين الجديد .

الى الأصل في حساب النصاب ، لأنها لم تكن معروفة ولا تمكن معرفتها وقت صدور التصرف (١) .

والحكم الذى أورده التقنين المدنى المصرى الجديد فى عدم ضم الفوائد والملحقات الى الأصل ، وخالف به حكم التقنين المدنى الفرنسى ، منقول عن المشروع الفرنسى الإيطالى ، وهو أيسر فى حساب النصاب وأقرب الى المنطق ويوازن فى الوقت ذاته مستوى النصاب المنخفض كما تقدم القول (٢) .

(١) ديرانتون ٨ فقرة ٣١٩ - لارومبيير ٥ م ١٣٤٢ فقرة ١ - أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢١ وهامش رقم ٢٧ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٤٣ .

وفى القانون المدنى الفرنسى ، إذا كان هناك شرط جزائى عن التأخير ، ضم إلى الأصل فى حساب النصاب لأنه كان معروفاً منذ صدور التصرف . أما التعويض عن التأخير الذى يقدره القاضى فلا يضم إلى الأصل ، لأنه لا يكون معروفاً وقت صدور التصرف (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٢ هامش رقم ٣٠ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٤٤) .

(٢) قارن الأستاذ أحمد نشأت ١ فقرة ٥٩ - وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وتعرض الفقرة الثانية لتقدير قيمة الالتزام عند الإثبات . ويراعى أن التقنين الفرنسى (المواد ١٣٤٢-١٣٤٥) والتقنين الإيطالى (المواد ١٣٤٢ - ١٣٤٦) والمشروع الفرنسى الإيطالى تناولت جميعاً بيان الأحكام التى تتبع فى تقدير قيمة الالتزام الذى يراد إقامة الدليل بشأنه . بيد أن التقنين الفرنسى والتقنين الإيطالى والتقنين الهولندى تقرر جميعاً إضافة الفوائد إلى أصل الدين عند تقدير قيمة النزاع ، بينما ينص المشروع الفرنسى الإيطالى على جواز الإثبات بالبينة حيث لا تتجاوز هذه القيمة نصاب الشهادة إلا من جراء إضافة الفوائد إلى أصل الدين . وغنى عن البيان أن النص الوارد فى هذا المشروع يعتبر أدنى إلى العقل والمنطق ، لأن تقدير وجوب الحصول على دليل كتابى مهماً ينبغى أن يناط بقيمة التصرف عند انعقاده . ولذلك نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٣٨ من المشروع على قاعدة وجوب الرجوع إلى قيمة الالتزام وقت تمام التعاقد ، فجعلت بذلك أصل الدين دون الملحقات منوطاً للتقدير . ويلاحظ أن هذه الفقرة تتشبه مع نصوص المادة ٢٨/٣٠ من تقنين المرافعات المصرى الخاصة بتقدير قيم الدعاوى لتعيين الاختصاص النوعى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٩) . هذا ويلاحظ أن المادة ٣٠ من تقنين المرافعات الجديد تقضى بأنه « فى الأحوال التى يبين فيها القانون اختصاص المحكمة على أساس قيمة موضوع الدعوى ، تقدر هذه القيمة باعتبارها يوم رفع الدعوى ، ويدخل فى التقدير ما يكون مستحقاً يومئذ من الفوائد والتضمينات والمصاريف وغيرها من الملحقات المقدرة القيمة » . وضم الملحقات إلى الأصل فى تقدير قيمة الدعوى يوم رفعها أمر معقول ما دامت الملحقات مقدرة القيمة ، ففى يوم رفع الدعوى يقدر المدعى قيمة ما يدعيه . أما فى الإثبات ، فالدائن يقدر قيمة ما يدعيه يوم صدور التصرف القانونى لا يوم رفع الدعوى ، فينبغى الوقوف عند التاريخ الأول دون الثانى فى معرفة ما إذا كان الدليل الكتابى لازماً أو غير لازم .

(٢) لو أن شركة محاصة — وتخضع في الإثبات للقواعد العامة — كان رأس مالها لا يزيد على عشرة جنيهات ، وكان ربح أحد الشركاء من هذه الشركة أكثر من عشرة جنيهات ، وطالب الشريك بهذا الربح وكان عليه أن يثبت وجود الشركة ، جاز له أن يثبت وجودها بالبينة وبالقرائن ، ولو أن المبلغ الذى يطالب به أكثر من عشرة جنيهات . ذلك أنه يؤسس مطالبته على عقد شركة لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، والعبرة بالقيمة وقت صدور التصرف ، لا بالمبلغ المطالب به وقت رفع الدعوى^(١).

= هذا ولا يعيب القاعدة التى رسمها التقنين المدنى الفرنسى من ضم الملحقات إلى الأصل فى حساب النصاب أنها عسيرة التطبيق ، فتطبيقها غير عسير ، كما رأينا ، ما دامت الملحقات التى تضم إلى الأصل معلومة المقدار وقت صدور التصرف . ولكن الأيسر عدم الضم ، فتتقى صعوبات من نحو حساب الشرط الجزائى وعدم حساب التعويض القضائى فى النصاب . ثم إن قاعدة عدم الضم ، كما بينا ، تعالج بعض الشئ انخفاض المستوى فى نصاب البينة (أنظر فى هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٣٥٩ هامش رقم ١ — وقارن الأستاذ أحمد نشأت فى لإثبات فقرة ٥٩ ص ٥٩) .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٩ — ص ٣٢٠ . أما إذا كانت الشركة غير متنازع فى وجودها ، فالعبرة بالمبلغ المطلوب . وقد قضت محكمة بنى سويف الجزئية بأنه إذا طالب الشريك شريكه بمبلغ لا يزيد على ألف قرش باق من حساب شركة ، جاز له إثباته بالبينة ، ولو كان رأس مالها يزيد على ذلك ، متى كانت الشركة غير متنازع فى وجودها ، لأن الإثبات بالبينة فى هذه الحالة تنحصر فائدته فى مبلغ لا يزيد على الألف قرش (١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ١ ص ٢٩٦) .

ويقع أن يشترك عدد من الأشخاص فى شراء «أوراق النصيب» ، والتمن لا يجاوز النصاب عادة ، ولكن الربح المأمول من الورقة يزيد كثيراً على النصاب . فهل العبرة فى إثبات الشركة بتمن الورقة فيجوز الإثبات بالبينة وبالقرائن ، أو بالربح المأمول فلا يجوز الإثبات إلا بالكتابة ؟ يذهب الأستاذ بلانيول (٢ فقرة ١١٢٧) إلى أن العبرة بتمن الورقة . وانظر فى هذا المعنى : نقض فرنسى جنائى ٢ أغسطس سنة ١٩٣٧ سيرييه ١٩٤١ — ١ — ١٦١ — مونيليه ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٧ دالوز الأسبوعى ١٩٣٧ — ٤١٤ — محكمة سيدان الابتدائية ١٠ يولية سنة ١٩٣٤ سيرييه ١٩٤٥ — ٢ — ٢٤ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٦٢ — والصحيح فى رأينا أن تمن الورقة ليس هو محل الشركة ، بل محل الشركة هو الربح المأمول ، فالعبرة به فى الإثبات ، ولا يجوز إذن إثبات الشركة فى ورقة النصيب إلا بالكتابة . وقد قضت محكمة استئناف مصر بجواز إثبات الشركة بالبينة وجعلت العبرة بتمن الورقة — فى قضية الشركة فى ورقة النصيب التى رجحت عمارة المواساة المشهورة — ولكن محكمة النقض نقضت هذا الحكم ، وقضت بأن العبرة تكون بالربح المأمول لا بتمن الورقة ، فأثبات الشركة فى الورقة يكون بالكتابة . وجاء فى أسباب حكمها ما يأتى : « إذا =

(٣) لو أن عقداً لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات أخل به المدين ، فرجع الدائن بتعويض يزيد على عشرة جنيهات بسبب هذا الإخلال ، جاز له أن يثبت وجود العقد بالبيئة وبالقرائن ، ولو أنه يطالب بمبلغ يزيد على عشرة جنيهات ، لأنه يؤسس طلبه على عقد لا تزيد قيمته على نصاب البيئة^(١) .

= كان المتعاقدون قد رموا باتفاقهم إلى غرض معين وتحقق لهم هذا الغرض بالفعل ، ثم تنازعوا بعد ذلك على الاتفاق ذاته من حيث وجوده ، فإن العبرة في تقدير قيمة النزاع في صدد تطبيق قواعد الإثبات تكون بقيمة ذلك الغرض ولو كانت قيمة ما ساهم فيه المتعاقدون جميعهم بما يجوز الإثبات فيه بالبيئة . ولما كان الغرض من أوراق النصيب التي تصدرها الجمعيات الخيرية هو استفادة هذه الجمعيات بجزء من المبالغ التي تجمع لتنفقها في الوجوه النافعة ، ثم فوز مشترى تلك الأوراق بالجوائز المسماة فيها ، كان كل من يشتري ورقة مساهماً في الأعمال الخيرية وفي الجوائز التي تربحها الأوراق المسحوبة بنسبة ما دفعه من ثمن . وبهذا تعتبر الجائزة مساهمة من صاحب الورقة ببعض ما دفعه ومن المشترين ببعض ما دفعوه ، وهم جميعاً راضون من بادئ الأمر بأن يجعلوا هذه المساهمة عرضة للتضحية مقابل الأمل في الربح . وهذا يترتب عليه أن الورقة الراجعة بمجرد إعلان نتيجة السحب تنقلب سكاماً بالجائزة التي ربحها ، ويكون من حق حاملها أن يطالب بالجائزة نقوداً كانت أو عيناً معينة . وإذن فالجائزة في الواقع هي موضوع التعاقد والغرض الملحوظ فيه عند مشترى الورقة وعند الهيئة التي أصدرت ورق النصيب على السواء . أما الورقة الراجعة فهي سند الجائزة ومظهرها الوحيد ، فلا تكون الجائزة مستحقة إلا بها . والقيمة المدفوعة ثمناً لها لا يكون لها عندئذ وجود ، إذ هي قد صارت مستهلكة في الجوائز وفي الأغراض التي من أجلها أصدرت أوراق النصيب . ولما كانت أوراق النصيب غير اسمية ، فإن الورقة الراجعة تكون سنداً لحامله بالجائزة . وإذا كانت العبرة في ملكية السندات التي من هذا النوع هي الحياة ، فإن صاحب الحق في المطالبة بالجائزة هو من تكون بيده الورقة الراجعة . فإذا ما ادعى غيره استحقاق الجائزة كلها أو بعضها فإنه ، في غير حالي السرقه والضياع ، يتعين اعتبار القيمة المطلوبة ، لا بالنسبة للمحكمة المختصة فقط ، بل بالنسبة إلى قواعد الإثبات أيضاً ، بحيث إذا كانت قيمة المدعى به تزيد على ألف قرش كان الإثبات بالكتابة عملاً بالمادة ٢١٥ مدني (م ٤٠٠ جديد) (نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٣ ص ٩٥٤) . انظر في هذه القضية الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٦١ — والأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٥٩ هامش رقم ١ . وانظر عكس هذا الرأي الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ٢٠٦ هامش رقم ١ .

(١) ديمولومب ٣٠ فقرة ٣٥ — لوران ١٩ فقرة ٤٥٢ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٠ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٣١ . وإذا وقع دائن المستخدم حجزاً على ما يستحقه المستخدم من الأجر تحت يد رب العمل ، جاز إثبات أجر المستخدم اليومي بالبيئة ما دام لا يتجاوز نصابها ، وما دام عقد الاستخدام ذاته غير متنازع فيه ، حتى لو كان المبلغ المحجوز عليه يزيد على نصاب البيئة (بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٠) .

١٩٧ — النتيجة الثانية — المطالبة بما لا يزيد على عشرة جنيهات

على أساس تصرف يزيد على عشرة جنيهات: العبرة هنا أيضاً ، كما قدمنا ، بقيمة التصرف القانوني لا بالمبلغ المطالب به ، ومن ثم لا يجوز في هذه الحالة الإثبات بالبينة وبالقرائن ، بل يجب تقديم دليل كتابي ، لأن قيمة التصرف تزيد على عشرة جنيهات . ويتفرع على ذلك المسائل الآتية :

(١) تقضى المادة ٤٠١ بند (ب) من التقنين المدني الجديد بأنه لا يجوز الإثبات بالبينة (ولا بالقرائن) ، ولو لم تزد القيمة المطالب بها على عشرة جنيهات ، « إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة » . فلو اقترض شخص عشرين جنيهاً ، وكان الوفاء بالقرض مقسطاً على أربعة أقساط متساوية مقدار كل قسط منها خمسة جنيهات ، وطالب الدائن المدين بأحد هذه الأقساط وكان عليه أن يثبت عقد القرض ، فلا يجوز أن يثبته بالبينة أو بالقرائن ، ولو أنه لا يطالب إلا بخمسة جنيهات ، لأنه يؤسس طلبه على تصرف قانوني قيمته وقت صدوره تزيد على عشرة جنيهات ، فكان عليه أن يعد دليلاً كتابياً لإثباته . وهذا أيضاً صحيح ولو كان القسط المطالب به هو القسط الأخير ، فالاعتبارات التي بنى عليها الحكم في الحالة الأولى متحققة في هذه الحالة ، فيكون الحكم واحداً في الحالتين^(١) .

(٢) تقضى المادة ٤٠١ بند (ج) من التقنين المدني الجديد بأنه لا يجوز الإثبات بالبينة (ولا بالقرائن) « إذا طالب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد

(١) وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدني الفرنسي في المادة ١٣٤٤ — وكان الفقه الفرنسي يميز الإثبات بالبينة إذا كان الجزء من الحق هو الباقي من هذا الحق ، وكان لا يجوز نصاب البينة ، لأن الدائن لم يعتمد على البينة في أكثر من هذا النصاب (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٣٢ — انظر أيضاً الموجز للمؤلف ص ٦٩٩) — ولو كان مبلغ القرض عشرين جنيهاً ، ومات المقرض عن أربعة من الورثة ، فانقسم الدين عليهم (في القانون الفرنسي) وصار نصيب كل منهم فيه لا يزيد على نصاب البينة ، فإن الإثبات في هذه الحالة لا يجوز أن يكون بالبينة أو بالقرائن (ديمولومب ٣٠ فقرة ٤٦ — لوران ١٩ فقرة ٤٤٥ — هيك ٨ فقرة ٢٨٤ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٧ هامش رقم ١٧ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٣٣) . ولو أن قرضاً مقداره عشرون جنيهاً ، سدد المقرض منه عشرة ، ثم تعهد تمهداً جديداً بدفع العشرة الباقية ، فإن هذا التعهد الجديد — ولا تزيد قيمته على عشرة جنيهات — يجوز إثباته بالبينة وبالقرائن (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٧ هامش رقم ١٩) .

قيمته على عشرة جنيهاً ، ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة .
فهنا قد أسس المدعى دعواه على تصرف قانوني تزيد قيمته على عشرة جنيهاً
وطالب بهذه القيمة ، فلا يجوز له الإثبات بالبينة أو بالقرائن حتى لو أنقص
بعد ذلك ما يطالب به إلى ما لا يزيد على نصاب البينة . إذ العبرة ليست بما يطالب
به ، بل بقيمة التصرف القانوني الذي يؤسس عليه دعواه^(١) . وغنى عن البيان

== هذا وتقضى المادة ٤٣ من تقنين المرافعات الجديد بأنه « إذا كان المطلوب جزءاً من حق ،
قدرت الدعوى بقيمة هذا الجزء ، إلا إذا كان الحق كله متنازِعاً فيه ولم يكن الجزء المطلوب باقياً
منه فيكون التقدير باعتبار قيمة الحق بأكمله » . وغنى عن البيان أن طريقة تقدير قيمة الدعوى
بالنسبة إلى الاختصاص النوعي تختلف عن طريقة تقديرها بالنسبة إلى الإثبات ، إذ أن الغاية من
كل من التقديرين مختلفة . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي :
« أما الحالتان الأخريان اللتان تكفل النص ببيانها فيقتضيان شيئاً من التفصيل : فالتقنين
الفرنسي (م ١٣٤٢ - ١٣٤٥) والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٢٩٤ - ٢٩٧) عينا طريقة
تقدير الالتزام ، حتى تتيسر مراعاة النصاب الذي يجوز قبول الإثبات بالبينة في حدوده . ولم
ينص التقنين المدنى المصرى على هذه الطريقة ، ولكن تقنين المرافعات (م ٢٨/٣٠) عين طريقة
تقدير الدعوى بالنسبة للاختصاص . وليس يجوز الاعتماد على تلك الطريقة في هذا الصدد لأن
الغاية من التقدير مختلفة ، ولا أدل على ذلك من مقارنة أحكام التقدير الخاصة بالإثبات بنظيرها
فيما يتعلق بالاختصاص : (١) فأحكام الإثبات تختلف عن أحكام الاختصاص فيما يتعلق
بالاجتزاء . فإذا اجتزأ المدعى من دعواه بالمطالبة بعشرة جنيهاً امتنع الإثبات بالبينة ، وثبت
الاختصاص للقاضى الجزئى . على أن هذا الاختصاص لا يجعل الإثبات بالبينة جائزاً أمام القاضى
الجزئى ، لأن مناط التقدير في الإثبات هو قيمة الالتزام بأكمله وقت نشوئه . (ب) ثم إن أحكام
الإثبات تختلف عن أحكام الاختصاص فيما يتعلق بالبقية الباقية . فالأصل ، سواء فيما يتعلق
بالاختصاص أو فيما يتعلق بالإثبات ، أن تقدير الطلب ينطوئ بقيمة الالتزام بأسره دون تجزئة أو
تبعيض . ولكن الاختصاص يثبت للقاضى الجزئى إذا كان المطالب به هو البقية الباقية من دين
متى كانت هذه البقية داخلة في حدود اختصاصه ، رغم أن الدين بتمامه يتجاوز هذه الحدود — أما
الإثبات بالبينة فلا يجوز على نقيض ذلك ، ولو كانت البقية الباقية من الدين أقل من عشرة
جنيهاً ، متى كان أصل الدين بأسره يتجاوز هذا القدر ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣
ص ٤٠٣ - ص ٤٠٤) .

(١) ولو أن جملة الفوائد المستحقة عن مبلغ مقرض تزيد على عشرة جنيهاً ، ولم يطالب
المقرض إلا بجزء من هذه الفوائد لا يزيد على عشرة جنيهاً ، لم يجوز له في القانون الفرنسى
الإثبات بالبينة أو بالقرائن ، لأنه يستند في طلبه إلى تصرف تزيد قيمته على عشرة جنيهاً ،
وذلك حتى لو لم يطالب بأصل المبلغ المقرض ، ما دام مجموع الفوائد يزيد على نصاب الشهادة
(أوبرى ودو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٨ هامش رقم ٢٢) . أما في القانون المصرى فالعبرة
بأصل المبلغ المقرض . دون أن تضم إليه للفوائد كما قدمنا .

أن المدعى إذا كان قد أخطأ عند رفع الدعوى في تقدير قيمة التصرف القانوني بأكثر من عشرة جنيهاً ، وأدرك خطأه بعد ذلك فصحيح دعواه وجعل قيمة ما يطالب به لا يزيد على عشرة جنيهاً وهو قيمة التصرف القانوني بعد التصحيح ، فإن الإثبات بالبينة وبالقرائن جائز في هذه الحالة^(١) .

(٣) لو أن النزاع انحصر في مبلغ لا يزيد على عشرة جنيهاً ، ولكنه يقوم على تصرف قانوني تزيد قيمته على هذا المبلغ ، فالإثبات بالبينة أو بالقرائن غير جائز ، إذ العبرة ليست بالمبلغ المتنازع عليه بل بقيمة التصرف القانوني المتخذ أساساً لهذا النزاع . ويأتى الفقيهان أوبرى ورو بمثل لذلك : طالب المشتري البائع بتسليم حصان قال إنه اشتراه منه بمبلغ ثلاثمائة فرنك (لنقل ثلاثين جنيهاً) . وسلم البائع بصدور البيع منه ، ولكنه قال إن الثمن الذي اتفق عليه كان أربعمائة فرنك (لنقل أربعين جنيهاً) . فهنا لا يجوز للمشتري إثبات أن الثمن كان ثلاثين جنيهاً بالبينة أو بالقرائن ، ولو أن النزاع بينه وبين المشتري قد انحصر في مبلغ عشرة جنيهاً هو الفرق بين الثمن الذي يدعيه والثن الذي يدعيه البائع^(٢) .

١٩٨ — احتمال الدعوى على طلبات متعددة : رأينا أن الفقرة الثالثة

من المادة ٤٠٠ من التقنين المدني تنص على أنه « إذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة ، جاز الإثبات بالبينة في كل طلب لا تزيد قيمته على عشرة جنيهاً ، ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة ، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة . وكذلك الحكم في كل وفاء لا تزيد قيمته على عشرة جنيهاً » .

(١) وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدني الفرنسي في المادة ١٣٤٣ (ديمولومب ٣٠ فقرة ٤٥ — لوران ١٩ فقرة ٤٥١ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٧ — ص ٣١٨ هامش رقم ٢٠ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٣٦ — فقرة ٢٥٣٩ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٦٣ ص ٣٤٤ — ص ٣٤٥) — وإذا كان المدعى ، بدلا من إنقاصه المبلغ الذي يطالب به ، نزل عن دعواه أصلا ، ورفع دعوى جديدة على أساس نفس التصرف ، وقدره بمبلغ لا يزيد على عشرة جنيهاً ، جاز له الإثبات بالبينة وبالقرائن (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش رقم ٢١) .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٨ هامش رقم ٢٣ .

وليس في هذا الحكم من جديد . فالمفروض أن هناك بين شخصين ديوناً متعددة نشأت عن مصادر متعددة ، ولو كانت طبيعة هذه المصادر واحدة كأن كانت كلها عقود قرض ولكن كل عقد منها متميز عن العقد الآخر . ففي هذه الحالة يستقل كل دين بطريقة إثباته ، مادام متميزاً عن الديون الأخرى في قيمته وفي مصدره . فإذا كانت قيمته لا تزيد على عشرة جنيهات جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن ، وإلا فلا يجوز إلا الدليل الكتابي . ولا يحول دون سريان هذا الحكم أن يكون الدائن قد جمع هذه الديون وطالب بها كلها في دعوى واحدة ، فزادت قيمة المجموع على عشرة جنيهات . فلا يزال كل دين منها متميزاً عن الديون الأخرى كما قدمنا ، وكان الدائن يستطيع أن يرفع بكل دين دعوى مستقلة ، فيجوز له فيها الإثبات بالبينة وبالقرائن فيما لا يزيد على عشرة جنيهات . فلا يتغير الحكم إذا هو جمع الديون في دعوى واحدة اختصاراً في الإجراءات . كذلك لا يحول دون سريان الحكم أن يكون كل دين من هذه الديون مصدره تصرف قانوني من طبيعة واحدة ، مادام كل تصرف منها متميزاً عن التصرف الآخر ، وذلك كبيع أو إيجار فيما إذا طالب الدائن المدين بأثمان مبيعات أو بأجور أعيان مؤجرة . ففي هذه الحالة أيضاً يبقى كل دين متميزاً عن الديون الأخرى ، فيجوز إثباته بالبينة وبالقرائن إذا لم تزد قيمته على عشرة جنيهات^(١) .

كذلك إذا كان الدين عشرين جنيهاً مثلاً ، ووفى المدين جزءاً منه لا يزيد على عشرة جنيهات ، سواء كان ما وفاه هو بعض الدين أو هو الجزء الباقي من الدين ، فإن المدين يستطيع إثبات هذا الوفاء الجزئي بالبينة وبالقرائن . ذلك أن الوفاء هو ذاته تصرف قانوني متميز عن مصدر الدين الموفى به ، فتسرى في إثباته القواعد التي تسرى في إثبات مصدر الدين . فإن كانت القيمة الموفى بها ،

(١) فإذا اشترى شخص من متجر ساعة بثمانية جنيهات وسلسلة بثلاثة ، فإن كانت الصفقة واحدة وجب الإثبات بالكتابة ، وإن كانتا صفقتين متفرقتين جازت البينة في كل منهما . أما إذا كان الطلب مكوناً من عدة أجزاء ، كل جزء منها أقل من عشرة جنيهات ، ولكن المجموع يزيد على هذه القيمة ، لم تجز البينة (محكمة المنصورة ١٨ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦٢١ ص ٧٥٧ - استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٤٠ - ١٣ يولية سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٩) .

ولو كان هذا الوفاء جزئياً ، لا تزيد على عشرة جنيهات ، جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن . وكل وفاء جزئى آخر تصرف قانونى مستقل عن السابق وعن اللاحق . فاذا أريد إثبات جملة من الوفاءات الجزئية ، كل منها لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، وإن كان مجموعها يزيد على هذه القيمة ، جاز إثبات أى منها بالبينة وبالقرائن ، كما جاز ذلك فى إثبات الطلبات المتعددة الناشئة عن مصادر متعددة ولو كان منشؤها تصرفات من طبيعة واحدة بين الخصوم أنفسهم كما سبق القول . ومن ثم يتميز إثبات الدين عن إثبات وفائه . فالدين لا تجوز تجزئته لإثبات كل جزء منه لا يزيد على عشرة جنيهات بالبينة وبالقرائن ، مادام الدين فى مجموعه يزيد على هذه القيمة . أما الوفاء فالعبرة فيه ، لا بأصل الدين ، لا بل بالقدر الموفى به ، فتجوز تجزئة الدين فى الوفاء به إلى أجزاء كل منها لا يزيد على عشرة جنيهات ، وإثبات كل وفاء جزئى بالبينة وبالقرائن (١) .

(١) وقد كان القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى السابق وهو لا يشتمل على نص صريح فى جواز إثبات الوفاء الجزئى بالبينة إذا كان لا يزيد على عشرة جنيهات ، غير مستقر فى هذه المسألة . فقضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأنه يجوز لناظر الوقف أن يثبت بالبينة أنه دفع شهرياً ما يستحقه المستحق ما دام هذا الدفع لا يزيد على عشرة جنيهات ، ولو كان المبلغ المدعى به مبلغاً متجمداً عن عدة شهور ويزيد على عشرة جنيهات (٢٣ يولية سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٣٢٧) . ولكن قضى بعد ذلك بأنه إذا كان الدين الذى تزيد قيمته على عشرة جنيهات ثابتاً بالكتابة ، فلا يسوغ للمدين أن يثبت بالبينة براءة ذمته من جزء منه لا يزيد على عشرة جنيهات إلا إذا بنى ذلك على حالة استثنائية تعفيه من الكتابة كضياع سند البراءة بحادث قهرى (منيا القمح ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٢٢) . وقضى أيضاً بأنه يجب فيما يتعلق بإثبات الديون وإثبات التخلص منها أن يكون أساس جواز الإثبات بالبينة مبلغ الدين الأصيل لا ما يدعى أنه باق منه أو ما يدعى حصول تسديده ، وإلا لو أبيع جواز الإثبات بالبينة فى ذلك لأمكن كل مدين ودائن ليس بيده كتابة أن يتخلص من أحكام المادة ٢١٥ مدنى بواسطة تجزئته للدين (أشمون الجزئية ١٤ يونية سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٦٩ — استئناف أهلى ٤ أبريل سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٥٢٨) — لذلك أحسن التقنين الجديد صنفاً بالنص صراحة على جواز إثبات الوفاء الجزئى فيما لا يزيد على عشرة جنيهات بالبينة (قارن الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٩٨) ، فإن القضاء المصرى فى عهد التقنين السابق كان يميل كما نرى إلى الأخذ بعكس هذه القاعدة ، بل إن الحكم الذى أصدرته محكمة مصر بالسماح لناظر الوقف أن يثبت بالبينة الوفاء بالاستحقاق الشهرى للمستحق إذا لم يزد على عشرة جنيهات ، وهو الحكم المشار إليه فيما تقدم ، قد لا استطاع القول بأنه يخالف الأحكام الأخرى التى تقدم ذكرها ، إذ يمكن أن يقال إنه هو أيضاً أخذ بقيمة الدين الأصيل ، والدين الأصيل هنا هو الاستحقاق الشهرى الذى لا يزيد على عشرة جنيهات ، وإن كانت الاستحقاقات قد تجمعت فزاد مجموعها على هذه القيمة . =

هذا هو ما قرره التقنين المدني الجديد بنص صريح ، فأجاز كما رأينا إثبات الطلبات المتعددة الناشئة عن مصادر متعددة بالبينة في كل طلب لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في عهد التقنين المدني السابق ، وهو على كل حال لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة (١) .

ولكن مع وضوح هذا الحكم لم يأخذ التقنين المدني الفرنسي به ، بل ذهب مذهباً آخر ، إمعاناً منه في كراهية الإثبات بالبينة وتضييقاً للخناق على من يحاول التهرب من الإثبات الكتابي . فقضى في المادة ١٣٤٥ بأنه إذا اشتملت الدعوى

= ويترب على جواز إثبات الوفاء الجزئي بالبينة إذا كان لا يزيد على عشرة جنيهات أنه إذا كانت جملة الفوائد المستحقة عن مبلغ مقرض لا يزيد على عشرة جنيهات ، وقام المقرض بسدادها ، فإنه يجوز له أن يثبت هذا الوفاء بالبينة والقرائن . ولكن إذا كان الدائن هو الذي يريد أن يثبت هذا الوفاء ، أو أي وفاء جزئي آخر للدين لا يزيد على عشرة جنيهات ، حتى يتخذ من ذلك ذريعة لقطع التقادم أو لإجازة عقد الدين القابل للإبطال وذلك بالنسبة إلى أصل الدين الذي يزيد على عشرة جنيهات ، لم يجوز للدائن في هذه الحالة إثبات الوفاء الجزئي بالبينة أو بالقرائن ولو أن الوفاء ينصب على مبلغ لا يزيد على عشرة جنيهات . ذلك أن هذا الوفاء لا تقدر قيمته بالمبلغ الموفى به ، بل بقيمة عقد القرض الذي يراد قطع التقادم فيه أو إجازته ، وعقد القرض تزيد قيمته كما قدمنا على عشرة جنيهات . وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأنه إذا أراد الدائن قطع التقادم بإثبات دفع المدين لمبلغ في خلال مدة التقادم ، فإن العبرة في تعيين طريقة الإثبات تكون بقيمة ذلك الدين بصرف النظر عن قيمة المبلغ المدفوع ، لأن أثر قيمة المبلغ المدفوع يتعداه إلى الإقرار بقيمة الدين كله (استئناف مصر ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ٣ ص ٦٧ - المحاماة ١٨ رقم ٣٠٧ ص ٦٢٨ - انظر أيضاً : إيتاي البارود ١٢ يونيو سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٩٤ ص ٤٣٧ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٩٨ ص ٣٦٧) . وانظر أيضاً في هذه المسألة في الفقه الفرنسي : ديمولومب ٣٠ فقرة ١٩ - لوران ١٩ فقرة ٤٥٧ - هيك ٨ فقرة ٢٨٣ - أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش رقم ١٣ - بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٤٥ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٦٤ ص ٣٤٤ .

(١) وقد جاء في الموجز للمؤلف ، شرحاً للتقنين المدني السابق ، ما يأتي : « وإذا تعددت الالتزامات التعاقدية ما بين شخصين ، وكان كل منها مستقلاً عن الآخر ولا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، جاز إثبات العقود فيها جميعاً بالبينة أو بالقرائن ، حتى لو زاد مجموعها على عشرة جنيهات » . ثم جاء في الهامش رقم ٧ من نفس الصفحة : « ومع ذلك انظر المادة ١٣٤٥ من القانون الفرنسي ، ولا يوجد نص مقابل لها في القانون المصري » . (الموجز ص ٦٩٩) - قارن في هذه المسألة الأستاذ أحمد نشأت ١ فقرة ٧١ .

على طلبات متعددة ، لم يقيم على أى منها دليل كتابي^(١) ، وكان مجموع هذه الطلبات يزيد على خمسة آلاف فرنك ، فلا يجوز الإثبات بالبينة ، حتى لو قرر المدعى أن هذه الطلبات تولدت من مصادر متنوعة ونشأت في أوقات مختلفة ، إلا أن تكون حقوقاً انتقلت إليه بطريق الميراث أو الهبة أو غير ذلك من أشخاص متعددين . ويقرر الفقهاء في فرنسا هذا النص بأنه أريد به أن يسد الطريق على الدائن الذى يطالب مدينه بمبلغ يزيد على خمسة آلاف فرنك ، ولكى يستطيع الإثبات بالبينة وبالقرائن يجرىء مطالبته إلى مبالغ متعددة ، كل مبلغ منها لا يزيد على خمسة آلاف فرنك ، ويزعم أنها ديون قد تولدت من مصادر متنوعة ونشأت في أوقات مختلفة ، ويتقدم لإثبات ذلك بشهادة الشهود أو بدلالة القرائن . فيمنعه القانون من ذلك ، ويلزمه في هذه الحالة بتقديم دليل كتابي ، مفترضاً أن الدين واحد ، وهو يزيد على نصاب البينة . ولاضير بعد ذلك على الدائن ، حتى لو لم يكن الدين واحداً . ويكفيه في الاحتياط أن يطلب من مدينه دليلاً كتابياً كلما تجمعت ديون في ذمة هذا المدين يزيد مجموعها على نصاب البينة^(٢) . ولما كان التقنين الفرنسى حذراً إلى هذا الحد ، فقد قاده حذره أن ينتقل من هذه الخطوة إلى خطوة أخرى أبعد منها ، فأوجب في المادة ١٣٤٦ على الدائن أن يجمع كل طلباته التى لم يقيم عليها دليل كتابي كامل ، أياً كان مصدرها ، ويرفع بها دعوى واحدة ، فاذا هو أغفل ديناً منها كان مستحقاً وقت رفع الدعوى ، لم تقبل منه ، بعد ذلك ، الدعوى بهذا الدين^(٣) .

(١) أما إذا قام على دين منها دليل كتابي ، ولو مبدأ ثبوت بالكتابة ، أو قام مانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها ، فانه لا يحسب في مجموع الديون (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٤ — ص ٣٢٥ وهامش رقم ٣٦ ورقم ٣٧) .

(٢) انظر في هذا المعنى أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٤ هامش رقم ٣٤ .

(٣) ويقرر الفقهاء في فرنسا أن المادة ١٣٤٦ لا تقوم على أساس عدم الثقة بشهادة الشهود ، بل تقوم على أساس آخر هو منع تعدد القضايا الصغيرة التى يجوز الإثبات فيها بالبينة ، وازدحام المحاكم بها وما يستتبع ذلك من تعقيد في الإجراءات وإطالة فيها بسبب الإحالة على التحقيق ، فاقضى المشرع من المدعى أن يجمع كل قضاياها التى من هذا القبيل في قضية واحدة للحد من كثرة مثل هذه القضايا الصغيرة (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٥ وهامش رقم ٣٩ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٤٨ وفقرة ٢٥٥٣) .

هذا وتسرى المادة ١٣٤٦ فرنسى سواء كانت الطلبات التى لم يقيم على أيها دليل كتابي كامل =

ولم ير التقنين المدني المصري الجديد ، ومن قبله التقنين المدني المصري القديم ، ما يدعو إلى كل هذا الحذر الذي استتبع كل هذا التعقيد . فسكت التقنين القديم ولم يورد نصاً مماثلاً للنص الذي رأيناه في التقنين المدني الفرنسي . ونص التقنين الجديد صراحة على الرجوع إلى القواعد العامة في هذه المسألة حتى لا يقع أى لبس فيها^(١) . وإذا حاول الدائن أن يهرب من الدليل الكتابي بتجزئة الدين

= يزيد مجموعها على نصاب البينة أو لا يزيد، وسواء كان الدين معنى من الدليل الكتابي الكامل لوجود مبدأ ثبوت بالكتابة أو لوجود مانع من الحصول على الدليل الكتابي أو من تقديمه ، أو كان الدين غير معنى لسبب من هذه الأسباب . ولكنها لا تحرى على الديون التي لم تنشأ إلا بعد رفع الدعوى . وجزء المادة ١٣٤٦ ليس رفض الإثبات بالبينة ، بل هو عدم قبول الدعوى أصلاً ، وللقاضي أن يحكم بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسه (انظر في كل هذا وفي شرح المادة ١٣٤٦ بالتفصيل أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٥ — ص ٣٢٩ وهوامش رقم ٤٠ إلى رقم ٤٨ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٥٢ — فقرة ٢٥٦٢ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٦٣ ص ٣٤٥ — ص ٣٤٦) .

وقد جاء في المادة ٨١ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العراقي أن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة فيما يجاوز عشرة دنانير « تكون جارية ومرعية إذا كانت المبالغ المدعى بها في الأصل مكونة من عدة أقلام يبلغ مجموعها القدر المذكور » . وظاهر أن هذا النص منقول — منذ عهد التشريعات العثمانية — من نص المادة ١٣٤٥ من التقنين الفرنسي . ولما كان التقنين المدني العراقي الجديد قد نص صراحة في الفقرة الثانية من المادة ١٣٨١ على إلغاء المادة ٨١ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية من بين المواد التي ألغاه في هذا القانون ، فإنه يجب الرجوع في هذه المسألة إلى الفقرة الثالثة من المادة ٤٨٨ من التقنين المدني العراقي ، وهي تقرر نفس الحكم الذي يقرره نص التقنين المصري . فيجوز إذن الإثبات بالبينة ، في التقنين المدني العراقي ، في كل طلب لا تزيد قيمته على عشرة دنانير ، حتى لو اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة وزادت هذه الطلبات في مجموعها على هذه القيمة (انظر في هذا الموضوع الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات الجزء الثاني في الشهادة ص ٤١٥ — ص ٤٢٢) .

(١) وكان المشروع الأول الذي سبق المشروع التمهيدي يورد نصاً مماثلاً لنص المادة ١٣٤٥ من التقنين المدني الفرنسي . غير أنه عدل في المشروع التمهيدي عن هذا النص ، واستبدل به نص يقرر تطبيق القواعد العامة كما رأينا ، وذلك توسعة في الإثبات بالبينة في مقابل ترك نصاب البينة في مستواه المنخفض ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٦٣ — وانظر أثر اشتغال المشروع الأول على النص المائل لنص المادة ١٣٤٥ في أصل المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي جزء ٢ ص ٧٠٤ ، حيث جاء ما يأتي : « بيد أن الإفلات من قواعد الإثبات بالبينة يصبح جد يسير عند ما يرد النزاع على التزامات ترتبت بين الخصوم أنفسهم في وقت واحد ، أو التزامات ناشئة عن سبب واحد . وقد عمدت التقنينات التي تقدمت الإشارة إليها إلى استثناء أحوال تعدد الالتزامات بين الخصوم أنفسهم ، =

الواحد ، وهو ما أراد التقنين الفرنسي أن يتوقاه ، فان الباب مفتوح أمام المدين لإثبات هذا التحايل بجميع الطرق^(١) .

المطلب الثاني

لا تقبل البيئة أو القرائن فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها

١٩٩ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٤٠١ (بند ١) من التقنين المدني على ما يأتي :

« لا يجوز الإثبات بالبيئة ولو لم تزد القيمة على عشرة جنيهاً : (١) فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي^(٢) . »

= أو نشوئها عن سبب واحد عند انتفاء الدليل الكتابي ، أفلا يكون من الأنسب إقرار هذا الاستثناء كقاعدة لاحترام القاعدة نفسها » .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « أما الفقرة الثالثة من هذه المادة فأحكامها تخالف أحكام المواد ١٣٤٥ من التقنين الفرنسي والتقنين الإيطالي و ١٢٣٧ من التقنين الكندي و ٢٩٧ من المشروع الفرنسي الإيطالي و ٣٠ / ٢٨ فقرة ٣ من تقنين المرافعات المصري . وليس شك في أن حكم هذه الفقرة يتفق مع قاعدة تقدير الالتزام باعتبار قيمته وقت تمام انعقاده ، كلما اتحد الخصوم وكان النزاع متعلقاً بالتزامات من طبيعة واحدة تمت في أوقات مختلفة لا في وقت واحد ، على حد تعبير التقنين الفرنسي . فكل التزام من هذه الالتزامات يجوز إثباته بالبيئة متى كانت قيمته لا تتجاوز عشرة جنيهاً . وقد أخذ المشروع ، تمشياً مع جواز تفريق الطلبات المتعددة ، بجواز تفريق إثبات وفاء الدين دفعاً متعددة ، فأجاز إثبات كل وفاء لا تتجاوز قيمته عشرة جنيهاً بالبيئة ولو كان أصل الدين يجاوز هذه القيمة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٩ — ص ٤٠٠) .

هذا ويلاحظ أن المادة ٣٠ / ٢٨ فقرة ٣ من تقنين المرافعات القديم ، التي أشير إليها في المذكرة الإيضاحية ، قد عدلت في تقنين المرافعات الجديد بما يتماشى مع نص التقنين المدني الجديد . فنصت المادة ٤١ من تقنين المرافعات الجديد على ما يأتي : « إذا تضمنت الدعوى طلبات متعددة ناشئة عن سبب قانوني واحد ، كان التقدير باعتبار قيمتها جملة . فإن كانت ناشئة عن أسباب قانونية مختلفة كان التقدير باعتبار قيمة كل منها على حدة » .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٥٩ (بند ١) من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « لا يجوز الإثبات بالبيئة (١) فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي حتى لو لم تزد القيمة على عشرة جنيهاً » . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في النهاية ، وأصبح رقم المادة ٤١٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠١ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٢ و ص ٤٠٤) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان مطبقاً دون نص^(١) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البيئات السوري المادة ٥٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٨٩ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ١٥٣ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٨٨^(٢) . ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٤١^(٣) .

(١) وقد جاء في الموجز للمؤلف في هذا الصدد ما يأتي : « ولم يرد في القانون المصري نص يقابل هذا النص (أى نص المادة ١٣٤١ فرنسى) ، ولكن القضاء والفقه في مصر يأخذان بالقاعدة دون نص ، إذ هي تتفق مع الحكمة التي اقتضت جعل الكتابة مقدمة على البيئة ، فإذا كان الالتزام ثابتاً بالكتابة ، فقد أراد المتعاقدان بذلك أن يستبعدا البيئة حتى فيما لا يزيد على عشرة جنيهات ، وإلا انتقض عليهما ما قصدا إليه من غرض ، وأمكن هدم الكتابة بالبيئة ، أى هدم الدليل الأقوى بالدليل الأضعف ، وهذا لا يجوز » (الموجز ص ٧٠٢ — ص ٧٠٣) . ومهما يكن من أمر فقد أحسن التقنين المدني الجديد صنفاً بإيراده نصاً صريحاً في هذا الحكم . وقد كان القضاء يطبقه في اطراد : استئناف أهلى ٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٨٩ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١١٩ — ٢٥ مارس سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٨٥ — استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩٠ — استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٤٦ — ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٧ — ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٣ — ٢٧ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٦٤ — ٣ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٥٢ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٣ — ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٩ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧٩ — ٤ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٨ — ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م ٤٣ ص ٢٧٩ (يجوز الإثبات بالبيئة إذا خولفت قاعدة من النظام العام) — ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥١ — ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٦ .

(٢) نصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البيئات السوري م ٥٥ : مطابق تقريباً لنص التقنين المصري — التقنين المدني العراقي م ٤٨٩ : مطابق تقريباً لنص التقنين المصري — تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٥٣ : لا تقبل بيئة الشهود ولا القرائن على ما يتجاوز أو يناقض مضمون السند ذى التوقيع الخاص ، ولا على ما يزعم حصوله قبل هذا السند أو بعده أو في أثناء إنشائه . (وهذا نص يتفق في حكمه مع نص التقنين المصري ، وفي عبارته مع نص التقنين الفرنسي) — التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٣٨٨ : مطابق لنص التقنين المصري . ويتبين من استعراض هذه النصوص أنها جميعاً تتفق في الحكم مع نص التقنين المصري .

(٣) التقنين المدني الفرنسى م ١٣٤١ : . . . لا تقبل البيئة فيما يخالف الكتابة أو فيما تجاوزها . ولا فيما يدعى صدوره من قول قبل الكتابة أو في أثناءها أو بعد الفراغ منها ، حتى =

٢٠٠ - تاريخ القاعدة وسرورها : وتحريم إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة قاعدة قديمة تمتد جذورها إلى القانون الرومانى . ثم تغلبت البيئة فى العصور الوسطى على ما قدمنا . ثم عادت كفة الكتابة إلى الرجحان ، فرفعها أمر مولان (Moulins) فى سنة ١٥٦٦ إلى الصدارة بين طرق الإثبات على النحو الذى قدمناه . ولكن هذا الأمر لم يحرم إلا إثبات ما يجاوز الكتابة بغير الكتابة ، وفيما يزيد على مائة جنيه وهو نصاب البيئة إذ ذاك . ثم أتى أمر سنة ١٦٦٧ فوسع الحكم ، وحرم إثبات ما يجاوز الكتابة أو ما يخالفها بغير الكتابة حتى فيما لا يزيد على نصاب البيئة . وبذلك رجحت كفة الكتابة رجحاناً كبيراً ، فهى مطلوبة فيما يزيد على نصاب البيئة ، وحتى فى حدود هذا النصاب إذا تعارضت مع البيئة وجب الأخذ بها ونبذ البيئة . فانقلب الوضع بذلك ، وبعد أن كانت البيئة فوق الكتابة (témoins passent lettres) أصبحت الكتابة فوق البيئة (lettres passent témoins) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك^(١) .

وقد قدمنا أن القاعدة التى نحن بصدددها ليست الا الشق الثانى من قاعدة أعم .

= لو كانت القيمة أقل من خمسة آلاف فرنك ، كل هذا دون اخلاف بما تقرره القوانين المتعلقة بالتجارة .

.... et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cinq mille francs. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.

ويقول الفقهاء أوبرى ورو : إن النص الفرنسى ينهى عن أمرين متميزين لا يختلط أحدهما بالآخر . فهو من جهة ينهى عن قبول البيئة فى إثبات ما يدعى من عدم الصحة (inexactitudes) أو الإغفال (omissions) فيما تضمنته الكتابة ، سواء كان ذلك عن غير قصد ، أو عن قصد من أحد الطرفين ، أو عن تواطؤ بينهما — وهذا هو ما يخالف الكتابة أو يجاوزها . وهو من جهة أخرى ينهى عن قبول البيئة فى إثبات التعديلات الشفوية التى يدعى أحد الطرفين أنها تم الاتفاق عليها قبل الكتابة أو فى أثناءها أو بعد الفراغ منها . ويقيم الفقهاء هذه الأحكام على اعتبارين : أولهما أن الكتابة لا تؤدى الغرض المقصود منها إذا أجزه هدمها عن طريق البيئة . والثانى أن التعديلات الشفوية التى سبقت الكتابة أو عاصرتها أو تلتها ، ما دامت لم تدمج فى الكتابة ذاتها ، فذلك لأنها بقيت مشروعا وقف عند مرحلة التفاوض ، ولم يصل إلى مرحلة الاتفاق النهائى (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٢٢ هامش رقم ٢) .

(١) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٧ وفقرة ١٥٢٨ ص ٩٨٢ - وانظر تفصيلا لهذه المسألة فى بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٦٦ .

وهى القاعدة التى تقضى بوجوب الإثبات بالكتابة فيما يزيد على نصاب البيئة وفيما يخالف الكتابة أو يجاوزها . ويمكن حصر شروط تطبيق هذا الشق الثانى من القاعدة فى أربعة : (١) أن تكون هناك كتابة أعدت للإثبات (٢) أن يراد إثبات ما يخالف هذه الكتابة أو يجاوزها (٣) أن يكون الإثبات مقصوراً على العلاقة فيما بين المتعاقدين فلا يتعدى إلى الغير (٤) ألا يكون هناك احتيال على القانون (fraude à la loi) .

٢٠١ — الشرط الأول — وجود كتابة أعدت للإثبات : يجب أن

تكون هناك كتابة قد أعدت للإثبات . والكتابة المعدة للإثبات هى الكتابة التى وقع عليها المدين ، رسمية كانت أو عرفية .

أما الأوراق التى لم تعد للإثبات ، كالدفاتر التجارية والأوراق المنزلية ، فيجوز إثبات ما يخالفها أو ما يجاوزها بالبيئة أو بالقرائن . ولكن اذا كانت هذه الأوراق موقعاً عليها وأريد بها الإثبات ، كما هو الغالب فى المراسلات ، فانها تعتبر فى حكم الكتابة المعدة للإثبات ، ولا يجوز إثبات ما يخالفها أو ما يجاوزها إلا بالكتابة (١) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٨ ص ٩٨٢ . وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٢ . ويقول الأستاذ حسين المؤمن فى كتابه فى نظرية الإثبات فى هذا الصدد ما يأتى : « ولذلك فلا يكتفى أن تكون هناك دفاتر تجارية أو أوراق منزلية أو مذكرات أو أوراق خاصة أو غيرها من المحررات التى لا تحمل توقيعاً للمدين ولا تدل على ارتباط قانونى ، إذ أن أوراقاً كهذه بدون توقيع لا تعتبر دليلاً للإثبات . وهى وإن كانت تعتبر حجة ضد صاحبها ، إلا أن له إثبات ما يخالفها بالشهادة والقرينة . . . كذلك سندات الطابو المنظمة بطريقتى المجدد والتفتيش (اليوقلمة) يجوز استماع الشهادة ضدها . وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز : محكمة التمييز رقم ٢٤ / س / ١٩٣٧ وتاريخ ١٩٣٧/١١/٢٥ (القضاء س ٣ ع ٣ ص ٣٠٩) ورقم ٢٩٣ / ب / ١٩٤٥ وتاريخ ١٩٤٦/٣/١٦ (المجموعة الرسمية س ١ ع ١ ص ٢٦ رقم ٤٣) ورقم ٢٤ / س / ١٩٤٦ وتاريخ ١٩٤٦/٣/١٢ (المجموعة الرسمية س ١ ع ١ ص ٧٢ رقم ٦٥) ورقم ٣٥٨ / ب / ١٩٤٥ وتاريخ ١٩٤٦/٣/٢٧ (المجموعة الرسمية س ١ ع ٣ ص ٣٢ رقم ٥٠) (جزء ٢ فى الشهادة ص ٤٤٥) — قارن الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٢٠٢ ص ٣٧٥ هامش رقم ٢٣ وهو يعتبر التأشير على السند بما يفيد براءة ذمة المدين دليلاً كتابياً كاملاً لا يجوز إثبات ما يخالفه إلا بالكتابة . وقد قدمنا أن هذا التأشير قرينة على الوفاء يجوز دحضها بالدليل العكسى بجميع الطرق لأن الدليل الكتابى هنا ليس دليلاً كتابياً كاملاً .

كذلك يجوز إثبات ما يخالف مبدأ الثبوت بالكتابة أو ما يجاوزه بالبينة و بالقرائن ، لأن مبدأ الثبوت بالكتابة لا يكون عادة موقفاً عليه وإلا كان دليلاً كتابياً كاملاً ، والمطلوب في القاعدة التي نحن بصددتها ألا يهدم الدليل الكتابي لكامل بالبينة أو بالقرائن (١) .

ثم يجب أخيراً أن يكون الثابت بالكتابة التزاماً غير تجارى . ذلك أن الالتزامات التجارية يجوز إثباتها ، كما رأينا ، بالبينة و بالقرائن ، أياً كانت قيمتها ، ولو زادت على عشرة جنيهات . فذلك يجوز إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها في المسائل التجارية بالبينة و بالقرائن ، أياً كانت قيمة الالتزام (٢) . وقد تقدم ذكر ذلك .

فهي كانت هناك كتابة معدة للإثبات ، وكانت دليلاً كتابياً كاملاً ، في غير التزام تجارى ، فقد توافر الشرط الأول ، أياً كانت قيمة الالتزام الثابت بهذا الدليل الكتابي الكامل ، ولو كانت هذه القيمة لا تزيد على عشرة جنيهات . ومن ثم لا يجوز إثبات ما يخالف ورقة مكتوبة لا تزيد قيمتها على عشرة جنيهات ، ولا إثبات ما يجاوزها ، بالبينة أو بالقرائن ، ولو أن هذا الدليل كان جائزاً

(١) الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٤٤٦ .
(٢) وإذا كانت المادة ٤٠١ ، وهي تمنع الإثبات بالبينة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي ولو لم تزد القيمة على عشرة جنيهات ، لم تستثن صراحة المواد التجارية كما فعلت المادة ٤٠٠ وهي تمنع البينة في إثبات وجود التصرف القانوني الذي تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، فذلك لأن المادة ٤٠١ جاءت عقب المادة ٤٠٠ لتكملة أحكامها . فهي عندما تقول : لا يجوز الإثبات بالبينة ولو لم تزد القيمة على عشرة جنيهات ، إنما تنص ما أوردته المادة ٤٠٠ من أن التصرف القانوني في غير المواد التجارية لا يجوز إثباته بالبينة إذا زادت قيمته على عشرة جنيهات . فتقول المادة ٤٠١ عقب ذلك أن هذا التصرف القانوني ذاته — أي في غير المواد التجارية — إذا كان مكتوباً لا يجوز إثبات ما يخالفه أو يجاوزه ولو لم تزد القيمة على عشرة جنيهات (قارن الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ٢١٦) .

وتستخلص الأساتذة بلانيول وريبير وجابولد من جواز إثبات عكس المكتوب في التصرفات التجارية بالبينة أن الكتابة في مسائل التجارة إنما تنقل عبء الإثبات عن عاتق صاحبها إلى خصمه ، والقاضي حر بعد ذلك في تكوين اعتقاده طبقاً لما بين يديه من مستندات وما يرى سماعه من بينة (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٩ ص ٩٨٤) — انظر أيضاً الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٦٤٦ — ص ٦٦٢ — وقارن الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة جزء أول ص ٤٣٠ .

ابتداء لإثبات وجود التصرف لو لم توجد ورقة مكتوبة^(١) . بل إن القاعدة التي نحن بصدددها لا تظهر فائدتها إلا إذا كانت قيمة الالتزام لا تزيد على عشرة جنيهات ، فتمتنع البينة والقرائن حيث كانت تجوز لولا هذه القاعدة . أما إذا كانت قيمة الالتزام تزيد على عشرة جنيهات فالقاعدة لا تقول جديداً ، لأن الإثبات بالبينة أو بالقرائن في هذه الحالة ممنوع من الأصل ، سواء في ذلك لا توجد كتابة أصلاً أو توجد ويراد إثبات ما يخالفها أو يجاوزها^(٢) .

وإذا أريد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها ، فلا بد من أن يكون الإثبات بالكتابة كما قررنا . ولكن يجوز أن يحل محل الكتابة مبدأ ثبوت بالكتابة معزز بالبينة أو بالقرائن ، فان هذا النوع من الإثبات يرد استثناء من قاعدة الدليل الكتابي بشقيها كما سنرى .

٢٠٢ - الشرط الثاني - إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها :

ونتكلم : (أولاً) فيما يخالف الكتابة (ثانياً) فيما يجاوز الكتابة (ثالثاً) فيما لا يعتبر مخالفاً للكتابة أو مجاوزاً لها .

أولاً - ما يخالف الكتابة لا يجوز إثباته إلا بالكتابة : إذا أريد إثبات ما يخالف ورقة رسمية ، فيما يقرر الموظف العام أنه وقع تحت بصره أو سمعه ، فقد رأينا أنه لا بد في ذلك من الطعن بالتزوير . أما إذا أريد إثبات ما يخالف الورقة الرسمية في غير ذلك ، أو إثبات ما يخالف مشتملات الورقة العرفية أيّاً كانت . فهذا جائز ، على أن يكون الدليل على ما يخالف الكتابة هو أيضاً دليل كتابي ، ولو كان ذلك مبدأ ثبوت بالكتابة معززاً بالبينة أو بالقرائن كما قدمنا . ومثل إثبات ما يخالف الكتابة أن يتقدم الخصم لإثبات أن ما ورد في الورقة من أن الثمن المدفوع هو مبلغ كذا بيان غير صحيح ، والصحيح أن المبلغ المذكور في الورقة هو مبلغ أكبر .

(١) قارن استئناف مختلط ١٢ يونيه سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٥٣ — ٢٥٤ ديسيمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٤٨ .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٦٧٣ ص ٧٠٣ — ٧٠٤ — وانظر أيضاً المذكور في الإيضاح للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٢ .

لمنع الشفعة مثلاً - أو هو مبلغ أقل - لتخفيض رسوم التسجيل مثلاً ، فإذا كان الخصم هو أحد طرفي العقد لم يجز له إثبات ذلك إلا بالكتابة . ومثل ذلك أيضاً أن يريد البائع إثبات أن البيع المكتوب بيع صوري ، فلا يستطيع ذلك إلا بالكتابة ، وهي هنا ورقة الضد (contre - lettre) . ومثل ذلك أخيراً أن يوجد سند مكتوب يثبت أن في ذمة المدين التزاماً قيمته مائة جنيه مثلاً ، فلا يستطيع المدين أن يثبت بالبينة أو بالقرائن أن حقيقة الالتزام خمسون جنيهاً لا مائة ، وكذلك الأمر لو أن الثابت في السند التزام قيمته عشرة جنيهات وأراد المدين أن يثبت بالبينة أو بالقرائن أن حقيقة الالتزام خمسة لا عشرة فلا يستطيع (١) .

ثانياً - ما يجاوز الكتابة لا يجوز إثباته إلا بالكتابة : ولا يجوز للخصم أن يثبت ما يجاوز الكتابة إلا بالكتابة . مثل ذلك أن يتقدم المدين لإثبات أن الالتزام المكتوب ، وهو منجز ، علق بعد ذلك على شرط أو اقترن بأجل . أما إذا كان الالتزام قد كتب معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل وأراد الدائن أن يثبت أنه التزام منجز ، فهذا يكون إثباتاً لما يخالف الكتابة ، ولا يكون هو أيضاً إلا بالكتابة كما رأينا . ومثل ذلك أيضاً أن يكون القرض المكتوب لم يذكر فيه أنه قرض بالفائدة ، وأراد الدائن أن يثبت أن هناك فائدة متفقاً عليها ، فلا يجوز إثبات ذلك إلا بالكتابة ، حتى لو كانت الفائدة وأصل الدين معها لا يزيد على عشرة جنيهات ، لأن هذا إثبات لما يجاوز الكتابة . أما إذا ذكر في القرض المكتوب سعر للفائدة ، وأراد الدائن أن يثبت أن السعر المتفق عليه هو أكبر مما ذكر ، أو أراد المدين أن يثبت أن هذا السعر أقل ، فهذا إثبات لما يخالف الكتابة ، ولا يكون هو أيضاً إلا بالكتابة كما قدمنا . كذلك لا يجوز إثبات تجديد التزام (novation) ثابت في ورقة مكتوبة إلا بالكتابة ، ولو كانت قيمة الالتزام الجديد ، أو كانت قيمة كل من الالتزامين الجديد والقديم ، لا تزيد على عشرة جنيهات ، لأن هذا إثبات لما يجاوز الالتزام المكتوب . وبوجه عام لا يجوز إثبات اتفاق إضافي فوق ما هو ثابت بالكتابة إلا بالكتابة ، سواء ادعى

أن هذا الاتفاق الإضافي قد تم قبل الكتابة أو تم في أثناءها أو تم بعدها، على حد تعبير التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٤١)^(١) .

ثالثاً — ما لا يعتبر مخالفاً للكتابة أو مجاوزةً لها ولا يتحقق إثباته بالكتابة :

أما إذا أريد إثبات شيء متعلق بما هو ثابت بالكتابة ، ولكنه لا يخالفها ولا يجاوزها ، فإن إثبات ذلك يكون وفقاً للقواعد العامة ، ولا تتحتم الكتابة . فيجوز إثبات الوقائع المادية ، وكذلك إثبات التصرفات القانونية إذا لم تزد قيمتها على عشرة جنيهات ، بالبينة وبالقرائن . مثل ذلك إثبات انقضاء الالتزام الثابت بالكتابة ، فهذه واقعة لا تخالف الكتابة ولا تجاوزها ، بل هي تؤكدتها ، إذ انقضاء الالتزام ينطوي دلالة على وجوده . فإذا كان انقضاء الالتزام قد تم بتنفيذ أعمال مادية ، كبناء منزل أو نقل بضاعة أو القيام بخدمة معينة ، فإن هذه الأعمال تثبت بالبينة وبالقرائن ولو كانت قيمة الالتزام تزيد على عشرة جنيهات . أما إذا كان انقضاء الالتزام قد تم بتصرف قانوني ، كوفاء مبلغ من النقود ، فإن هذا الوفاء يثبت بالبينة أو بالقرائن إذا لم يزد المبلغ الموفى به على عشرة جنيهات حتى لو كان مجموع الدين أكثر من ذلك أو كان الدين ثابتاً بالكتابة^(٢) .

(١) انظر ما قدمناه عن أوبري ورو من أن التعديلات الشفوية التي سبقت الكتابة أو عاصرتها أو تلتها ، ما دامت لم تدمج في الكتابة ذاتها ، فذلك لأنها بقيت مشروعاً وقف عند مرحلة التفاوض ، ولم يصل إلى مرحلة الاتفاق النهائي (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٢٢ هامش رقم ٢) . وانظر أيضاً بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٨ ص ٩٨٢ — ص ٩٨٣ . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ويقصد بالدليل الكتابي المحررات الرسمية والعرفية والرسائل . فهذه المحررات وحدها هي التي لا يقبل الإثبات بالبينة لنقض الثابت فيها أو الإضافة إليها . وقد يكون قوام الإضافة الادعاء بصدور تعديلات شفوية قبل انعقاد الالتزام ، أو بعده ، أو في وقت معاصره . ومهما يكن من أمر هذه الإضافة ، فلا يجوز إثباتها بالبينة أياً كانت صورتها . فن ذلك الادعاء بإضافة وصف من الأوصاف المعدلة لحكم الالتزام ، كشرط أو أجل ، أو اشتراط خاص بأداء فوائد أو بالتجديد (الاستبدال) . ولا يجوز كذلك نقض الثابت بالكتابة من طريق البينة ، فلا يجوز الادعاء مثلاً بعدم مطابقة شرط من شروط المحرر للحقيقة وإقامة الدليل على ذلك بالبينة ، كما لو أريد إثبات أن حقيقة المبلغ المقترض ليست مائة جنيه على ما هو ثابت بالكتابة بل أكثر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٢ — ص ٤٠٣) .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ هامش رقم ٨ — قارن الموجز للمؤلف ص ٧٠٤ —

(٢٦ الوسيط - ج ٢)

وكالوفاء الإبراء ، فهو تصرف قانوني يقضى الدين ، ويثبت بالبيننة وبالقرائن إذا لم تزد قيمته على عشرة جنهات . كذلك في المقاصة ، يجوز للمدين إثبات الحق الذي له في ذمة دائئه ، ليوقع المقاصة بمقداره ، بالبيننة وبالقرائن ، إذا كانت قيمة هذا الحق لا تزيد على عشرة جنهات ، حتى لو كان الدين الذي تقع فيه المقاصة ثابتاً بسند مكتوب . أما تجديد الدين المكتوب فقد رأينا أنه يعتبر مجاوزاً لما هو ثابت بالكتابة ، فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة^(١) .

= ص ٧٠٥ . وقد قدمنا ، في وفاء دين قيمته تزيد على عشرة جنهات ، أنه يجوز إثبات أى وفاء جزئى لا تزيد قيمته على عشرة جنهات بالبيننة وبالقرائن .

وقد جاء في كتاب نظرية الإثبات للأستاذ حسين المؤمن ما يأتى : « أما في العراق فالإجماع حاصل ... على أنه لا يجوز إثبات الوفاء مهما كان مقداره بشهادة الشهود ما دام أصل الالتزام موثقاً بسند . بل إن محكمة التمييز قد تطرقت في هذا الباب إلى حد بعيد ، فقد اشترطت الدليل الكتابي على ادعاء الوكيل بتسليمه لموكله المبالغ التي قبضها من مدينى الموكل حسب التفويض المعطى للوكيل في صك الوكالة ، بداعى أن التفويض بالقبض قد جرى بالكتابة فلا يثبت دفع المبلغ إلى الموكل إلا بالكتابة أيضاً : القرار المرقم ١٩٢٩/٥٥ والمؤرخ ١٩٢٩/٤/٢ (القضاء سنة ١٩٣٤ س ١ القسم الرسمى ص ١٦٦ — حسين جميل بند ١٧٠ ص ١٢٢) ومما جاء فيه : إن قول المحكمة أن المدعى أمين مصدق يمينه في براءة ذمته ، ولا حاجة إلى سند تحريرى ، غير وارد ، إذ أن التفويض بقبض المبلغ قد جرى بسند فيجب أن يكون الإيصال بسند أيضاً . وهذا تخريج غريب لهذه النظرية لا نقر محكمة التمييز عليه ، ذلك أن التفويض المعطى للوكيل في صك الوكالة لا يتضمن معنى القبض ، وإنما هو ترخيص به . هذا من جهة . ومن جهة أخرى أن الدليل الكتابي على استلام الوكيل المبالغ المقبوضة لم يكن بين الوكيل والموكل ، وإنما بين الوكيل ومدين الموكل ... يضاف إلى ذلك أن هذا الذهاب تجاوز على قاعدة الأمين مصدق يمينه في براءة ذمته المقررة في المادة ١١٧٤ من المحلة » (الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٤٥٤ — ص ٤٥٥) . وظاهر أن تفويض الوكيل بقبض الدين يجعله ملتزماً بتقديم حساب للموكل عما قبضه ، وفي تسليم الوكيل للموكل ما قبضه من الدين تنفيذ لهذا التفويض ، أى تنفيذ لعقد الوكالة . وإثبات تنفيذ الوكالة مستقل عن إثبات وجودها . فإذا كان وجود الوكالة ثابتاً بالكتابة ، فإن ذلك لا يستلزم حتماً أن يثبت تنفيذها بالكتابة . ويلاحظ أن التقنين المدني العراقي الجديد قد حسم الخلاف فيما يتعلق بالوفاء ، فجعله مستقلاً عن أصل الالتزام من حيث الإثبات .

(١) الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ٢٢١ — وقد قضت محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية بأنه يجوز إثبات جميع الوقائع اللاحقة لعقد مكتوب بجميع طرق الإثبات القانونية إذا كانت قيمتها عشرة جنهات أو أقل ، مثل الإبراء أو الوفاء أو التخالص أو الاستبدال أو الصلح (٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٤٦٣ ص ١٠٥٨) . قارن في الصلح الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٤٤٩ (وهو يذهب إلى أن الصلح لا يجوز =

كذلك يجوز إثبات وقائع مادية يكون من شأنها تفسير العبارات الغامضة ، أو التوفيق فيما بينها إذا كانت متعارضة^(١) ، أو تحديد ما ورد مطلقاً في الورقة المكتوبة ، وذلك بالبينة وبالقرائن ، فليس في هذا إثبات لما يخالف الكتابة أو يجاوزها^(٢) . وكذلك الأمر في إثبات الظروف والملابسات المادية التي أحاطت بكتابة العقد^(٣) .

ويجوز أيضاً إثبات عيب من عيوب الإرادة ، كالغلط والتدليس والإكراه ، في سند مكتوب ، بالبينة وبالقرائن ، فليس في ذلك إثبات لما يخالف الكتابة ، لأن الكتابة ليست دليلاً على صحة التصرف حتى يعتبر الطعن في صحته مخالفاً لها . وقد قدمنا أن عيوب الإرادة إنما هي وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق^(٤) .

= إثباته بالبينة إذا كان العقد محل الصلح ثابتاً بالكتابة ، ويشير إلى قرار لمحكمة تمييز الإستانة جاء فيه أن دعوى الصلح المقامة ضد سند يجب إثباتها بالبينة الخطية : ١٣٠٨/١٠/٢٠ سليم باز المرافعات ص ٢٨٩ . ويلاحظ أن الصلح في التقنين المدني المصري الجديد يجب إثباته بالكتابة (م ٥٥٢ مدني) ، وكذلك الأمر في التقنين المدني العراقي الجديد (م ٧١١) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٨ ص ٩٨٤ — نقض فرنسي ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ جازيت دي باليه ١٩٣٩ — ١ — ٨٥ .

(٢) فيجوز إثبات ما يحصر أجزاء العقار المبيع أو المؤجر بالبينة وبالقرائن ، إذا كان هذا العقار قد ذكر في عقد البيع أو الإيجار المكتوب بطريقة مجملة دون تفصيل لأجزائه (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٣٥ — ص ٣٣٦ — قارن بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٧٠) — وقارن استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٠٦ — أما إذا رفع المشتري دعوى استحقاق على بائع العقار ، بسبب وجود عقد إيجار صادر من البائع بالنسبة إلى العقار المبيع دون أن يرد ذكره في عقد البيع المكتوب ، فلا يجوز للبائع أن يثبت علم المشتري بهذا الإيجار ، ورضاه به في مقابل خصم جزء من الثمن ، بالبينة أو بالقرائن (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٣٦) .

(٣) فيجوز إثبات أن الذي حرر عقد التأمين هو عامل شركة التأمين ، بالبينة وبالقرائن (بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٣٤ وهامش رقم ٥ مكرر) . أما الغلط المادي والغلط في الحساب ، فإن كان ظاهراً أمكن القاضي تصحيحه من تلقاء نفسه . لكن إذا ادعى الخصم أن هناك غلطاً مادياً أو غلطاً في الحساب ، ولم يكن هذا الغلط ظاهراً بحيث يمكن القاضي تصحيحه من تلقاء نفسه ، فلا يجوز إثباته بالبينة أو بالقرائن (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٧٥ ص ٥٨٠ . بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٧١ — قارن الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٨٦ ص ٢١٨ — ص ٢١٩) .

(٤) دي پاچ ٣ فقرة ٨٧٠ مكرر — الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ١ ص ٣٩٢ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٨٠ .

ويجوز أخيراً إثبات التاريخ الذي كتبت فيه الورقة ، فيما بين الطرفين ، بالبينة وبالقرائن ، إذا لم يكن مكتوباً ، حتى لو كانت قيمة الالتزام تزيد على عشرة جنيهات أو كان التزاماً مكتوباً ، فليس في هذا إثبات لما يخالف الكتابة أو يجاوزها ، بل هو إثبات لواقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق . أما إذا كان تاريخ الورقة مكتوباً هو أيضاً ، فلا يجوز إثبات عدم صحته إلا بالكتابة . وأما بالنسبة إلى الغير فلا بد من التاريخ الثابت على الوجه الذي تقدم ذكره (١) .

٢٠٣ — الشرط الثالث — الإثبات مقصور على المعروف فيما بين

المتعاقدين : وكل ما قدمناه من وجوب الإثبات بالكتابة فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها إنما يكون في العلاقة ما بين المتعاقدين ، إذ هما اللذان كانا يستطيعان الحصول على الكتابة منذ البداية . وكالمتعاقدين الحلف العام .

أما الغير فيجوز له الإثبات بالبينة وبالقرائن فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ، كما أن له إثبات وجود التصرف نفسه بالبينة وبالقرائن ولو زادت قيمته على عشرة جنيهات كما سبق القول ، ففي الحالتين يعتبر التصرف بالنسبة إليه وهو من الغير واقعة مادية يجوز إثباتها أو إثبات ما يخالفها أو يجاوزها بجميع الطرق . فإذا باع شخص عقاراً من آخر ، وكتب في عقد البيع أن الثمن ألف جنيه مثلاً ، وأراد الشفيع الأخذ بالشفعة ، فإن له أن يثبت أن حقيقة الثمن ثمانمائة لا ألف — أى يثبت ما يخالف الكتابة — بالبينة وبالقرائن ، لأنه من الغير في عقد البيع الذي يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية .

(١) الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٨٠ — ص ٣٨١ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ٢١٩ — ص ٢٢٠ — الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٤٥٧ — قارن الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ١ ص ١٩٨ — ص ١٩٩ و ص ٣٩٤ — ص ٣٩٥ — انظر أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٣٦ — ص ٣٣٧ وهامش رقم ١٢ وهامش رقم ١٣ .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن تاريخ التصرف القانوني يعتبر من محدداته ، فهو جزء منه ، فلا يجوز إثباته ، إذا لم يكن مكتوباً ، بالبينة أو بالقرائن في تصرف لا يجوز إثباته إلا بالكتابة (لوران ١٩ فقرة ٤٧٧ — فقرة ٤٧٨ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٧٢ — دي باج ٣ فقرة ٨٦٨) .

وفي العقد الصوري الثابت بالكتابة ، تثبت الصورية فيما بين المتعاقدين بالكتابة حتى لو كانت قيمة العقد لا تزيد على عشرة جنيهات . أما الغير — وهو هنا الدائن والخلف الخاص — فله أن يثبت الصورية بالبينة وبالقرائن ، حتى لو كان العقد الصوري مكتوباً وحتى لو كانت قيمته تزيد على عشرة جنيهات^(١) .

(١) ونجزيء هنا بذكر بعض أحكام القضاء المصري في هذه المسألة ، مرجئين تفصيل ما نجمه منها إلى الكلام في دعوى الصورية في المكان الخاص بآثار الالتزام :

لا تثبت الصورية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الخلف العام إلا بالكتابة : استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ رقم ٣٥٨ ص ٤١٥ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٠ ص ١٣٤ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٣٤٤ ص ٤١١ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١٨١ ص ٢٥١ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٦٢ ص ٧٦١ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٥٤ ص ٥٦٤ - نقض جنائي ٤ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٧ رقم ١٤٢ ص ٢٠٠ - استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٨٠ - ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٨ - ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥ - ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩٠ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ - ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠ - وقد قضت محكمة النقض بأن عقد القرض يجوز إثبات صورية سببه بالأوراق الصادرة من المتمسك به ، فإذا ذكر في سندات الدين أن قيمتها دفعت نقداً ، ثم اتضح من فحوى الرسائل الصادرة من الدائنة إلى مدينها في أوقات مختلفة - بعضها سابق على تاريخ السندات وبعضها معاصر له أو لاحق به - أنها كانت تستجديه وتشكر له إحسانه عليها ، جاز اعتبار هذه الرسائل دليلاً كتابياً كافياً في نفي وجود قرض حقيقي (نقض مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ١ ص ١٢) - وقضت أيضاً بأنه إذا كان المستأجر يطن في عقد الإيجار بالصورية ، والمؤجر يدفع بعدم جواز الإثبات ، فلا يجوز للمحكمة - ما دام الإيجار ثابتاً بالكتابة ولا يوجد لدى المستأجر دليل كتابي على دعواه - أن تقضي بصورية العقد بناء على مجرد القرائن ، وإلا كان قضاؤها باطلاً (نقض مدني ١٨ يولية سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٧ ص ٤٨٥) - وقضت أيضاً بأن الحكم الذي يقرر أنه لا يجوز لوارث الراهن أن يثبت بكل طرق الإثبات ، في مواجهة المرتهن ، صورية عقد الرهن ، بحجة أن الصورية لا تثبت بين العاقدين إلا بالكتابة ، لا يكون مخطئاً في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٤ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٩ ص ٧٤٠) - وقضت أيضاً بأنه متى كان الواقع هو أن المطعون عليهم رفعوا الدعوى يطلبون الحكم بتثبيت ملكيتهم إلى حصتهم الشرعية في تركة مورثهم ، فتمسك الطاعن بأنه اشترى من والده المورث جزءاً من الأطنان ، فطعن بعض الورثة في عقد البيع بالصورية استناداً إلى أن الطاعن كان قد استصدر من والده لمناسبة مصاهرته أسرة طلبت إليه أن يقدم الدليل على كفايته المالية ، وطلبوا إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ذلك بأي طريق من طرق الإثبات بما فيها البينة ، فتازع الطاعن في جواز الإثبات بهذا الطريق ، وكان الحكم إذ قضى بإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ما نعاه المطعون عليهم على العقد بأي طريق من طرق الإثبات قد أقام قضاؤه على أنهم يعتبرون =

وستعود إلى هذه المسألة تفصيلاً عند الكلام في دعوى الصورية .

= من الأغيار أياً كان الطعن الذي يأخذونه على التصرف الصادر من مورثهم للطاعن ، فإن الحكم ، إذ أطلق للمطعون عليهم حق إثبات مطاعنهم على هذا التصرف في حين أن علة الصورية إنما كانت إعطاء الطاعن مظاهر الثراء لتيسر زواجه بإحدى العقيلات ، يكون قد خالف قواعد الإثبات (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣٨ ص ١٩٥) .

ومع ذلك يجوز إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين بالبيئة وبالقرائن إذا كان هناك غش أو تحايل على القانون : استئناف أهلي أول مارس سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٤٧ - ٩ يونيه سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٦٢ - نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥ . وانظر أيضاً الأحكام التي سنورها عند الكلام في التحايل على القانون (fraude à la loi) ، والتحايل على القانون هو نفس الحالة التي نحن بصدددها .

ويجوز للغير إثبات الصورية بجميع الطرق ، ومنها البيئة والقرائن : استئناف مصر أول يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ ص ٢١٣ - ١٠ أبريل سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ١٠٢ - ٢٠ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ ص ٢٤٠ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٤١١ - ١٢ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢٨٩ ص ٣٢٥ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٤٦١ ص ٧٥٩ - أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ - ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٠٩ ص ٣٧٧ - ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩١ ص ٦٢٧ - ٢١ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٢٧ ص ٣٠٠ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٢٠ ص ٥٠٤ - نقض جنائي ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٧٥ ص ٦٦٩ - نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٣ - استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ - ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ - ٨ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٠ - ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١ - ٢ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٩ - ٦ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٣٢ - هذا ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن الخلف الخاص لا يعتبر من الغير ، فلا يجوز له إثبات الصورية إلا بالكتابة ، فإذا كان بائع العقار قد صدر منه عقد بيع ثانٍ لمشتري آخر ، فإنه لا يصح والمشتري الثاني خلف للبائع أن تستبدل المحكمة له بشهادة الشهود والقرائن على صورية عقد البيع الصادر من سلفه إلى المشتري الأول قبل البيع الصادر منه إليه هو (نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ - وتعليق الأستاذ محمد حامد فهمي بهامش ص ٣٨٨ - ٣٨٩) . ولسكنها رجعت بعد ذلك عن هذا الخطأ ، وقضت بأن المشتري يعتبر من الغير في أحكام الصورية بالنسبة لمشتري آخر من نفس البائع له يزاحمه في الملكية ، فإذا أقام الحكم قضاءه بصورية عقد المشتري الآخر على القرائن وحدها ، فإنه لا يكون قد خالف قواعد الإثبات (نقض مدني ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤ ص ٢٦) - أنظر أيضاً : استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٧ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٣ - ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٩ - ٤ يونية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٨ .

٢٠٤ — الشرط الرابع — ألا يكون هناك احتيال على القانون^(١) :

وحتى فيما بين المتعاقدين ، يشترط في تطبيق القاعدة التي تقضى بوجوب الإثبات بالكتابة فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ألا يكون هناك احتيال على القانون

= واعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة الشفيع من الغير ، خطأ ، في عقد بيع صوري طلب الأخذ فيه بالشفعة . فقضت بأنه لا يجوز الاحتجاج على الشفيع بورقة ضد مؤداها أن البيع لم يقع إلا لضمان دين للمشتري على البائع وأنه يفسخ بمجرد وفاة هذا الدين (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢) . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في دعوى الصورية .

(١) كان المشروع التمهيدى (م ٥٤١) يتضمن نصاً لو بقى لأصبح الآن البند (ج) في المادة ٤٠٣ ، ونصه كالاتى : «يجوز أيضاً الإثبات بالبيئة فيما كان يجب إثباته بالكتابة ... (ج) إذا طعن في العقد بأن له سبباً غير مشروع» . وقد ورد في شأنه في المذكرة الإيضاحية ما يأتى : «أما الاستثناء الثالث فقد نص عليه المشروع الفرنسى الإيطالى ، وهو يفترض توافر ضرب من ضروب الغش ، ومن المعلوم أن الغش يجوز إثباته على وجه الدوام بالبيئة . وإزاء ذلك قد يكون أفراد هذا الاستثناء بحكم خاص محلاً للنظر» . وفى لجنة المراجعة نقل هذا البند إلى المادة ١٩٢ فى السبب غير المشروع . وكان يقصد به إباحة الإثبات بالبيئة وبالقرائن إذا كان هناك احتيال على القانون (fraude à la loi) ، فيقابل العبارة الأخيرة من المادة ١٣٥٣ من التقنين الفرنسى التى لم تبح الإثبات بالقرائن إلا فى الأحوال التى يجوز فيها الإثبات بالبيئة ، ما لم يكن المقدم مطعوناً فيه بسبب الغش أو التدليس ، وقد مرت الإشارة إلى هذا النص وإلى ما وجه إليه من انتقاد . وقد استبقى المشروع الفرنسى الإيطالى مقابلاً للنص الفرنسى فى المادة ٣٠٥ منه ، ونص أيضاً فى المادة ٢٩٩ على استثناء الطعن بعدم مشروعية من وجوب الإثبات بالكتابة . والذي يعنينا هنا هو تقرير الحكم فى ذاته ، فيجوز دائماً الإثبات بالبيئة وبالقرائن إذا كان هناك احتيال على القانون . وقد وضع المشروع الفرنسى الإيطالى هذا الحكم فى مكان الاستثناء من قاعدة وجوب الدليل الكتابى بشقيها ، وهو الاستثناء الثالث ويأتى بعد الاستثناء الخاص بمبدأ الثبوت بالكتابة والاستثناء الخاص بالمانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها . وسائر المشروع الفرنسى الإيطالى فى ذلك المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الجديد ، ثم عدل المشروع النهائى عن هذه المسألة . وفى رأينا أن جعل هذا الحكم استثناء من قاعدة وجوب الدليل الكتابى بشقيها محل للنظر . لأن الحكم إنما يرد فى الكثرة الغالبة من الأحوال استثناء من الشق الثانى وحده . ذلك أن المحل الغالب لتطبيقه هو أن يواجه الخصم خصمه بدليل على تصرف قانونى صادر منه ، فيطعن هذا فى التصرف بأن فيه احتيالا على القانون ويريد إثبات هذا الاحتيال بجميع الطرق . فإن كان الدليل الذى ووجه به دليلاً غير مكتوب ، فهو فى حل من أن يعارضه بدليل غير مكتوب دون حاجة إلى التذرع بهذا الحكم . أما إذا كان الدليل الذى ووجه به دليلاً مكتوباً ، ففى هذه الحالة وحدها — حيث تقضى القاعدة بعدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة — يحتاج الخصم إلى هذا الحكم ليتمكن من إثبات الاحتيال على القانون بالبيئة وبالقرائن معارضاً بذلك دليلاً مكتوباً . ومن أجل ذلك آثرنا ، من الناحية =

(fraude à la loi). والسبب في ذلك أنه متى وجد احتيال على القانون ، فيجب تيسير كشفه وإباحتها لإثباته بجميع الطرق ، حتى يلحق جزاءه الحق . ويستوى في هذا أن يكون من يريد إثبات الاحتيال من الغير أو يكون أحد المتعاقدين ممن اشترك في الاحتيال بنفسه ويريد الآن الكشف عنه . ففي الحالتين يقضى النظام العام بضرورة فضح هذا الاحتيال ، ومن ثم أبيع ، حتى للمتعاقد نفسه بعد أن اشترك فيه ، أن يثبت بجميع الطرق ولو بالبينة أو بالقرائن^(١).

ولما كان الاحتيال على القانون ليس إلا تواطؤاً ما بين المتعاقدين على مخالفة قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام وإخفاء هذه المخالفة تحت ستار تصرف مشروع ، فقد وضح من ذلك أن من الطبيعي أن يتخذ هذا الاحتيال مظهر الصورية . فيكون هناك تصرف غير مشروع هو التصرف الحقيقي الذي وقع الاتفاق عليه ، يستره تصرف مشروع هو التصرف الظاهر الذي يقع الطعن فيه . والجديد هنا أن الطاعن في التصرف الظاهر — أى التصرف الصوري — ليس هو الغير ، وإلا كان من حقه أن يثبت الصورية بجميع الطرق دون حاجة إلى التذرع بالاحتيال على القانون . ولكن الطاعن هو المتعاقد نفسه ، ويريد أن يثبت صورية العقد المكتوب بالبينة وبالقرائن ، وكان الأصل ألا يستطيع

= العملية، أن نعالج هذه المسألة في صدد القاعدة التي تقضى بعدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ، على أن نعالجها بإيجاز من ناحية الإثبات فحسب ، وإلا فهي قاعدة شاملة تتناول جميع نواحي القانون (قارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٤٤٦ — ص ٤٥١ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ٢١٧) .

(١) وهناك رأى يذهب إلى أن الاحتيال على القانون كالتدليس واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق (بلانيول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ٢١٦٦ وهامش رقم ٢ — ديكوتيني في القرائن في القانون الخاص فقرة ١٠٩ ص ٢٧٢ و ص ٢٧٣ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ٢١٧ ص ٢٨١ — ص ٢٨٢ — ولكن قارن كولان وكاييتان ومورانديير ٢ فقرة ٧٧٨ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٤٤٧ هامش رقم ١) . ويبدو أن هناك فرقاً بين أعمال التدليس والاحتيال على القانون . فأعمال التدليس الواقعة على أحد المتعاقدين وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق . أما الاحتيال على القانون فتواطؤ ما بين المتعاقدين ، وتوافق ما بين إرادتهما ، على مخالفة قاعدة قانونية من النظام العام ثم إخفاء هذه المخالفة تحت ستار تصرف مشروع . فهو إذن عنصر من عناصر التصرف القانوني — يتعلق بالمحل أو بالسبب — كان الواجب في الأصل أن يثبت بنفس الطريقة التي يثبت بها التصرف القانوني ، لولا أن فيه خروجاً على النظام العام ، فوجب تيسير كشفه كما قدمنا .

إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ، لولا أنه يتذرّع بأن هناك احتيالا على القانون^(١) .

ولم يرد في التقنين المدني نص على هذا الحكم^(٢) . غير أن القضاء أجمع على الأخذ به في اضطراد مستقر ، وطبقه في حالات كثيرة .

من ذلك أن يكون سبب الدين قماراً ، ويكتب المتعاقدان أنه قرض ، فيجوز للمدين في هذه الحالة أن يثبت ما يخالف المكتوب بالبينة وبالقرائن ، ليدل على أن السبب الحقيقي للدين هو القمار لا القرض^(٣) .

(١) ومن المفيد في هذه المناسبة أن نشير إلى أنه يجوز إثبات التصرف القانوني ، ولو زاد على النصاب ، بجميع الطرق في حالتين : (أولاً) عند ما يكون التصرف القانوني معتبراً واقعة مادية . ويكون ذلك : ١ — إذا كان من يريد إثبات التصرف هو من الغير ، كالشفيع يريد إثبات البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة فيجوز له إثباته بجميع الطرق . ٢ — إذا كان العقد صورياً ويريد الغير إثبات هذه الصورية ، فيجوز له إثباتها بجميع الطرق . ويلاحظ أننا لا نحتاج هنا إلى القول ، في تبرير إباحة جميع الطرق في الإثبات ، أن الغير كان لا يستطيع الحصول على الكتابة — إذ أن المانع من الحصول على الكتابة يجب أن يكون مانعاً قد قام في حالة بالذات كما سنرى — بل يكفي أن نقول إن التصرف القانوني يعتبر واقعة مادية بالنسبة إلى من يريد إثباته بجميع الطرق ، أي بالنسبة إلى الشفيع في الصورة الأولى وبالنسبة إلى الغير في الصورية في الصورة الثانية ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك . (ثانياً) عندما يكون التصرف القانوني قد داخله احتيال على القانون . ويكون ذلك إذا كان العقد صورياً ويريد المتعاقد نفسه أن يثبت هذه الصورية بجميع الطرق ، مع أن العقد بالنسبة إليه يعتبر تصرفاً قانونياً لا واقعة مادية ، ولكنه يتذرّع بأن هناك احتيالا على القانون (fraude à la loi) . وهذه هي الحالة التي نحن الآن بصدددها . وسنعود إلى هذه المسألة في موضع آخر .

(٢) أنظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٤٣ ص ٤٤٨ — ويشير الأستاذ مع ذلك إلى نص المادة ٧٣٩ من التقنين المدني ، وهي تقرر بطلان كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان ، ولمن خسر أن يسترد ما دفعه ، وله أن يثبت ما آداه بجميع الطرق .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٤ — ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٣٤ — ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٦ .

وقد قضت محكمة النقض ، بوجه عام ، أن الصورية التدليسية لا يقتضي لتحقيقها وجود ثبوت بالكتابة ، وإنما هي تثبت بالقرائن في حق كل من مسه هذا التدليس ، سواء أكان طرفاً في العقد أم لم يكن (نقض مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢٣٨ ص ٤٥٣ — وانظر أيضاً الموجز للمؤلف فقرة ٦٧٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٨ ص ٩٨٤ — ومحكمة النقض الفرنسية ٦ مارس سنة ١٩٥٠ جازيت دي پاليه ١٩٥٠ —

ومن ذلك أن ينحى العقد رباً فاحشاً ، ويكتب المتعاقدان سبباً غير ذلك ، فيجوز للمدين أن يثبت الربا الفاحش — وهو يخالف المكتوب — بالبينة وبالقرائن (١) .

وقضت محكمة النقض بأن الوارث الذى يطعن فى تصرف صادر من مورثه فى صورة بيع منجز بأن حقيقته وصية ، وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعاً إضراراً بحقه فيه ، يجوز له إثبات هذا الاحتيال بأى طريق من الطرق القانونية ، فلا على المحكمة فيما تقضى به من إحالة الدعوى الى التحقيق لتمكين الطاعنين فى التصرف من إثبات حقيقة الواقع فيه بشهادة الشهود (٢) .

كذلك يجوز اثبات ما يخالف الكتابة بالبينة وبالقرائن اذا كان السبب الحقيقى الذى تخفيه الكتابة هو صدور العقد أثناء الحجر على المدين (٣) ، أو قيام علاقة غير شرعية بين المدين والدائن (٤) ، أو تخفيض ثمن المبيع هرباً من بعض رسوم التسجيل (٥) ، أو التحايل على اخفاء الرهن فى صورة البيع هرباً من قانون

(١) نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٢ ص ٣٩٠ — والقضاء مضطرد فى هذا المعنى . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا ثبت أن عقدين حرراً فى صورة عقد بيع ، وكان الغرض من تحريرهما هو إخفاء قرض ربياً فاحشاً ، فلا محل للقول بأنه لا يجوز الطعن فى العقدين ولا إثبات ما يخالفهما بالبينة ، لأن جعل عملية تشتت على ربا فاحش فى صورة عقد بيع فيه مخالفة للنظام العام ، ويجوز إثباتها بالبينة حتى فيما بين المتعاقدين (١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٣٢٤) . وقضت أيضاً بأن دعاوى الربا الفاحش ليست من الدعاوى التى يلزمها الدليل الكتابى على قيامها . بل تكفى فيها القرائن ، كما أنها ليست مقيدة بنصاب معين لقبول التحقيق فيها أو عدم قبوله (٣١ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ ص ٧٠) . وقضت محكمة طنطا أنه لما كان الربا الفاحش مخالفاً للنظام العام ، جاز أن يثبت بكافة الطرق أن مبالغ متفقاً عليها فى عقد إيجار هى فى الحقيقة ربا فاحشاً ، ولو كان هذا الإثبات مؤدياً إلى ما يخالف مضمون العقد أو متناولاً مبلغاً تزيد قيمته على الألف قرش (٢٦ فبراير سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ٢٣١) .

(٢) نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٤ ص ٤٩٤ — أنظر أيضاً حكماً آخر فى هذا المعنى لمحكمة النقض فى دائرتها المدنية فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٦ ص ٢٩٧ .

(٣) محكمة استئناف الإسكندرية ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٤٢٧ ص ١٠٤٧ .

(٤) محكمة استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٤ ص ٦٩ .

(٥) الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٤١٤ مكرر ص ٣٩٠ .

الخمسة الأفدنة (١) ، أو هرباً من ضرورة اتخاذ إجراءات التنفيذ (٢) ، أو تمييز بعض الورثة على بعض آخر (٣) ، أو غير ذلك من الأسباب غير المشروعة المخالفة للنظام العام (٤) .

على أنه يجب أن يعزز الادعاء بوجود تحايل على القانون قيام قرائن قوية تجعل وقوعه محتملاً ، حتى يمكن الترخيص بعد ذلك في إثبات هذا التحايل بالبيئة وبالقرائن على وجه حاسم (٥) .

وننتهى من معالجة هذه المسألة بملاحظتين :

الملاحظة الأولى أنه لا يكفي للتخخيص في إثبات ما يخالف الكتابة بالبيئة وبالقرائن أن يدعى المتعاقد صورية العقد أياً كان سبب هذه الصورية ، بل يجب أن يكون هذا السبب غير مشروع لمخالفته للنظام العام . أما إذا كان السبب مشروعاً فلا يجوز للمتعاقد أن يثبت صورية العقد المكتوب إلا بالكتابة (٦) ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

(١) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣١٤ .

(٢) الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٤٢ ص ٤٥١ .

(٣) استئناف أهلى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ رقم ٣٥٨ ص ٤١٥ .

(٤) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٣ (الاتفاق على أن شخصاً لا يزايد على الآخر) — استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٧٩ (اشتراط مقابل مبالغ فيه من المدين المنزوعة ملكيته في نظير التدخل في المزايدة) — الزقازيق الكلية ٢٢ مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٣٤ ص ٤١٢ (الحصول على اعتراف بالزوجية) — جرجا الجزئية ١٤ يولية سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٩ ص ٨٧ (إخفاء معاملة تجارية تحت صورة وديعة لإمكان اتخاذ الإجراءات الجنائية) .

(٥) استئناف أهلى ١٢ مايو سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٦٢ — ٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ ص ١٧٢ — ٢٤ مارس سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ١٤٧ — ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ٤٦ — ٢٧ يناير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ١٧٩ — ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ ص ١١٩ — استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٩٦ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١٤ .

(٦) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يجوز إثبات الصورية بالقرائن إلا إذا كان العقد يخفى سبباً غير مشروع ، أما الادعاء بأن عقد البيع حرر لتكملة النصاب المقرر للعمدية أو للمشيخة فليس من هذا القبيل ، والصورية المدعى بها يجب إثباتها بالكتابة (٢١ مايو سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٩ ص ١٧٠) — وانظر أيضاً حكم محكمة النقض (دائرة =

والملاحظة الثانية أن الحكم الذي نحن بصدده - جواز الإثبات بالبينة وبالقرائن لوجود تحايل على القانون - وإن كانت تطبيقاته في الكثرة الغالبة منها ترد كما رأينا في نطاق إثبات ما يخالف الكتابة ، وقد عاجلناه في هذا المكان لهذا السبب ، إلا أن ذلك لا يمنع من ورود تطبيقات له في نطاق إثبات وجود التصرف القانوني نفسه ، فيكون استثناء وارداً على الشق الأول من قاعدة وجوب الدليل الكتابي . ويقع ذلك عند إثبات الوفاء ، فمن وفى بدين غير مشروع ، وأراد استرداد ما وفى به ، جاز له أن يثبت الوفاء - وهو تصرف قانوني - بالبينة وبالقرائن ، ولو زادت قيمته على عشرة جنيهات ، لوجود تحايل على القانون (١) .

المبحث الثاني

الاستثناءات

٢٠٥ - نوعان من الاستثناءات : قدمنا أن هناك أحوالاً استثنائية يجوز فيها الإثبات بالبينة وبالقرائن ، حتى لو زادت قيمة الالتزام على عشرة جنيهات ، وحتى لو كان المراد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها . فتكون هذه الأحوال إذن استثناء من قاعدة وجوب الدليل الكتابي بشقيها .

(= مدنية) في ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ (مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣٨ ص ١٩٥) وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه ويقضى بعدم جواز إثبات الصورية بالبينة أو بالقرائن إذا كان سببها هو إعطاء الشخص مظاهر الثراء ليتيسر زواجه بإحدى العقيلات .

(١) مثل ذلك ما قضت به المادة ٧٣٩ من التقنين المدني من جواز استرداد من خسر في المقامرة ما أداه للكاسب ، وله أن يثبت ما أدى بجميع الطرق . ومثل ذلك أيضاً ما قضت به دائرة النقض من أنه يجوز بوجه عام إثبات ما داخله الغش بالبينة مهما كانت قيمة الالتزام ، فيجوز الإثبات بالبينة فيما يشبه النصب وفيما قام على الغش ، كحالة ما إذا حصل شخص على نقود يزيد مقدارها عما تجوز البينة فيه من امرأة في سبيل إحضار زوجها الغائب غيبة مريبة (٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ٨٢٠) .

وهذه الاستثناءات ، كما أسلفنا القول ، نوعان :

(النوع الأول) أحوال يقوم فيها دليل كتابي غير كامل يجعل وجود التصرف لقانوني المدعى به قريب الاحتمال ، وهذا الدليل الكتابي غير الكامل يسمى مبدأ الشبوت بالكتابة (commencement de preuve par écrit) .

(والنوع الثاني) أحوال يقوم فيها مانع ، إما من الحصول على دليل كتابي ، وإما من تقديم هذا الدليل بعد الحصول عليه لفقده بسبب أجنبي^(١) .

المطلب الأول

مبدأ الشبوت بالكتابة^(٢)

٢٠٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ٤٠٢ من التقنين المدني

على ما يأتي :

(١) وكل نوع من هذين النوعين من الاستثناءات مستقل عن الآخر . فقد يوجدان معاً ، ويختار الخصم عندئذ التمسك بأيهما . مثل ذلك أن يكون الخصم قد اجتمع عنده دليل كتابي كامل ، ثم فقده بسبب أجنبي ، وفي الوقت ذاته عثر على مبدأ ثبوت بالكتابة . فله إما أن يتمسك بمبدأ الشبوت بالكتابة ويعززه بالبينة أو بالقرائن ، وإما أن يتقدم لاثبات دعواه بالبينة أو بالقرائن دون أن يقدم مبدأ الشبوت بالكتابة وذلك بعد أن يثبت فقده الدليل الكتابي الكامل بسبب أجنبي . وقد يوجد أحد الاستثناءين دون الآخر ، فيتمسك به الخصم . ويتحقق ذلك في المثل المتقدم إذا ضاع الدليل الكتابي الكامل باهمال من الخصم ، فليس أمامه في هذه الحالة إلا أن يتمسك بمبدأ الشبوت بالكتابة يعززه بالبينة أو بالقرائن (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ مكرر ٣ ص ٣٤٢ — بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ هامش رقم ١ مكرر ٣ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٦١٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٣ ص ١٠٠٤) .

هذا ويلاحظ أن البينة والقرائن في حالة فقد الدليل الكتابي الكامل تكون دليلاً بديلاً ، وليست دليلاً أصلياً كما هي في حالة إثبات التصرف الذي لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات . وهي في حالة مبدأ الشبوت بالكتابة دليل تكميلي ، وليست دليلاً أصلياً ولا دليلاً بديلاً . وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٠ ص ٩٨٥) .

(٢) انظر في هذا الموضوع : هنري مازو (H. Mazeaud) في الفكرة القانونية من مبدأ الشبوت بالكتابة المنصوص عليه في المادة ١٣٤٧ من التقنين المدني الفرنسي ، رسالة من ليون سنة ١٩٢١ — مانويل (Manuel) في مبدأ الشبوت بالكتابة ، رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٧ — روجيه پرو (Roger Perrot) في مبدأ الشبوت بالكتابة في موسوعة دالوز في القانون المدني ص ٦٩٧ (Encyclopédie Dalloz, Droit Civil) .

« ١ — يجوز الإثبات بالبيئة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة » .

« ٢ — وكل كتابة تصدر من الخصم ، ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال ، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٨٢/٢١٧ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البيئات السوري المادة ٥٦ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٩٠ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٤٢ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٨٩ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٤٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
« ١ — يجوز الإثبات بالبيئة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة . ٢ — وكل كتابة تصدر من الخصم ، ويكون من شأنها أن تجعل وجود العقد المدعى به قريب الاحتمال ، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة » وفي لجنة المراجعة أضيفت عبارة : « فيما كان يجب إثباته بالكتابة » فى الفقرة الأولى ليكون المعنى أدق ، وأصبح رقم المادة ١٥٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب بعد استبدال كلمة « التصرف » بكلمة « العقد » فى الفقرة الثانية منها . ووافقت عليها لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٢ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٥ و ص ٤٠٨ — ص ٤٠٩) .

(٢) وكانت المادة ٢٨٢/٢١٧ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتى : « ومع ذلك فالإثبات بالبيئة أو بقرائن الأحوال يجوز قبوله إذا كان الدين أو التخلص منه صار قريب الاحتمال بورقة صادرة من الخصم المطلوب الإثبات عليه » . ونرى من ذلك ألا فرق فى الحكم ما بين التقنين المدني الجديد والتقنين المدني القديم فى هذا الموضوع ، رغم الاختلاف فى العبارة .

(٣) نصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البيئات السوري م ٥٦ :
١ — يجوز الإثبات بالشهادة فى الالتزامات القانونية حتى لو كان المطلوب تزيد قيمته على مائة ليرة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة . ٢ — ومبدأ الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر عن الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود العقد المدعى به قريب الاحتمال . (ويلاحظ أن الفقرة الأولى من هذا النص قاصرة ، حيث تقول : حتى لو كان المطلوب تزيد قيمته على مائة ليرة . وكان الأولى أن يقال بدلا من ذلك : فيما كان يجب إثباته بالكتابة ، حتى يرد الاستثناء على قاعدة وجوب الدليل الكتابى بشقيها ، فيشمل ما إذا كان المطلوب تزيد قيمته على مائة ليرة وما إذا كان المراد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها . كذلك كان الأفضل استعمال عبارة « التصرف القانونى » بدلا من عبارة « الالتزامات التعاقدية » ، إذ العبارة الأولى أعم من العبارة الثانية . وفيما عدا ذلك يتفق نص التقنين السوري مع نص التقنين المصرى) .

ويقابل في التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٣٤٧ (١).

٢٠٧ - نطاق مبدأ الثبوت بالكتابة : ويتبين من نص التقنين المدنى

المصرى أنه إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة - بالشروط التى سنفصلها - جاز إثبات التصرف القانونى بالبيئة أو بالقرائن أو بهما معاً، أى أن البيئة والقرائن تأتى معززة لدليل كتابى ناقص فتكمله (٢). ومبدأ الثبوت بالكتابة، معززاً بالبيئة أو بالقرائن،

= التقنين المدنى العراقى م ٤٩٠ : تطابق نص المادة ٥٦ من قانون البيئات السورى ، ويرد عليها نفس الاعتراضات .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢٤٢ : تقبل البيئة الشخصية : ... (٣) إذا وجدت بداءة بيئة خطية ، أى مخطوطة ولو خالية من التوقيع ، صادرة عن المدعى عليه أو عن يمثله ، يجعل الواقعة المزعومة قابلة للتصديق . (وهذا النص يتفق فى حكمه مع نص التقنين المصرى) .
التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٣٨٩ : تطابق المادة ٤٠٢ من التقنين المدنى المصرى .

(١) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٤٧ : ١ - ويستثنى من القواعد المتقدم ذكرها (أى من وجوب الدليل الكتابى فى إثبات تصرف تزيد قيمته على ٥٠٠٠ فرنك وفى إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها) الأحوال التى يوجد فيها مبدأ ثبوت بالكتابة . ٢ - ويقصد بمبدأ الثبوت بالكتابة كل ورقة مكتوبة صادرة من الخصم الموجه إليه الطلب أو من شخص يمثله هذا الخصم ، ويكون من شأنها أن تجعل الورقة المدعى بها قريبة الاحتمال . (هذا ومبدأ الثبوت بالكتابة عرف فى القانون الفرنسى القديم عقب صدور أمر مولان عن طريق القضاء ، واستقر فى نصوص الأمر الصادر فى سنة ١٦٦٧ ، وانتقل إلى پوتيه ، ومنه إلى التقنين المدنى الفرنسى على الوجه الذى نراه : بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٨٠ - بلانيول وريير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣١ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٧٢) .

Art. 1347: Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué.

(٢) ذلك أن البيئة والقرائن تستند فى هذه الحالة إلى ورقة مكتوبة ، فيمكن أن يضى عليها من الثقة ما يعوزها لو لم تستند إلى الورقة المكتوبة (بلانيول وريير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣١) . وقد قدمنا أن البيئة والقرائن تعتبر فى هذه الحالة دليلاً تكيلياً لا دليلاً أصلياً ، ولكنها دليل ضرورى وبغيره يكون الإثبات ناقصاً (استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٣) . وسنرى أنه يجوز أن يكون الدليل التكميلى لمبدأ الثبوت بالكتابة هى اليمين المتممة ، لا البيئة ولا القرائن .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : « وينبغى التنويه بما لتعيين السمة الخاصة التى يمتاز بها هذا الاستثناء من بالغ الأهمية ، ذلك أنه يجعل الإثبات =

يكون دليلاً كاملاً في كل ما كان يجب إثباته بالكتابة . فيكون دليلاً كاملاً على :
(١) تصرف قانوني تزيد قيمته على عشرة جنيهات (٢) ما يخالف الكتابة أو
يجاوزها (٣) تصرف قانوني اشترط القانون بنص خاص أن يكون إثباته بالكتابة
كالصلح والكفالة . ولكنه لا يصلح دليلاً على تصرف شكلي كالهبة والرهن
الرسمي ، إذ هو لا يحل محل الشكل ، فان الشكل ذاته ركن في التصرف (١) .

= بالبيئة جائزاً إذا جاوزت القيمة مبلغ عشرة جنيهات من ناحية ، ويجعله جائزاً كذلك لنقص
الثابت كتابة وإقامة الدليل على الإضافة إليه من ناحية أخرى . فتي وجد مبدأ ثبوت بالكتابة
بشأن الالتزام المدعى به جاز الإثبات بالبيئة ، فهي هذا الوصف تكمل ما يعتور الدليل المستخلص
من هذا المبدأ من نقص وقصور . وينهض لتوجيه هذا الحكم ما هو ملحوظ من أن مبدأ الثبوت
بالكتابة يجعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال . ويعتبر هذا الوجه ضماناً كافياً للحد من الأخطار
التي تكتنف الإثبات بالبيئة . ثم إن البيئة لا تكون في هذه الحالة إلا دليلاً مكملًا أو متممًا ه
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٦) — هذا ويفسر عادة مبدأ الثبوت بالكتابة في كثير
من التوسع حتى تنكسر حدة التنظيم القانوني للإثبات . فتقبل البيئة والقرائن في مواضع تقضي
العدالة بقبولها فيها ، وما كانت لتقبل لولا فكرة مبدأ الثبوت بالكتابة . فهذه الفكرة إذن
تندرك كثيراً بما تفوته الصرامة التي تنطوي عليها دقة تنظيم الإثبات ، وهي صمام الأمان الذي
يكفل لقواعد الإثبات أن تسري في رفق ويسر (بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٧٢) .

(١) ومع ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذه المسألة ما يأتي : « أما فيما
يتعلق بنطاق تطبيق هذا النص فليس شك في أنه لا يسرى حيث تكون الكتابة شرطاً من شروط
صحة الالتزام يترتب البطلان على تخلفه ولو كانت القيمة أقل من عشرة جنيهات ، كما هو الشأن
في المحررات الرسمية . ذلك أن الكتابة أو الأوضاع الشكلية لا تكون في هذه الحالة مجرد دليل
فحسب ، بل تعتبر ركناً أو شرطاً من شروط الصحة الموضوعية . على أن الخلاف قد أثر في الفقه
بصدد الالتزامات التي يشترط فيها القانون الكتابة دون أن ينص على البطلان ، ولا سيما بالنسبة
للإيجار (وكان التقنين المدني السابق يشترط في إثباته الكتابة) . والرأى أن الالتزام يترتب
صحيحاً في هذه الحالة ، ولكن لا يمكن إثباته إلا بالإقرار أو اليمين ، لأن البيئة قد استبعدت
صراحة بالنص ، فليس يجوز العود إليها من طريق غير مباشر بالالتجاء إلى مبدأ الثبوت بالكتابة »
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٦) . هذا وكانت المادة ٣٦٣/٤٤٦ من التقنين المدني
السابق تنص على أن « عقد الإيجار الحاصل بغير كتابة لا يجوز إثباته إلا بإقرار المدعى عليه
أو امتناعه عن اليمين إذا لم يبدأ في تنفيذ العقد المذكور » . وكان القضاء في ظل التقنين السابق
(قبل أن يخضع التقنين الجديد عقود الإيجار لقواعد الإثبات العامة) يقضى بأنه لا يجوز إثبات
عقد الإيجار بمبدأ ثبوت بالكتابة ولو عززته البيئة والقرائن . وقد دافع الفقهاء أوبرى ورو
باسمهاب عن جواز إثبات عقد الإيجار في القانون الفرنسي بمبدأ ثبوت بالكتابة معزراً بالبيئة
أو بالقرائن (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ مكرر ٣ هامش رقم ٥ — وانظر أيضاً في هذا المعنى
بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦١٧ — پلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٣ ص ١٠٠٥) .

٢٠٨ — **أركان مبدأ الثبوت بالكتابة** : وحتى يكون هناك مبدأ ثبوت بالكتابة يجب ، وفقاً للنص الذى قدمناه ، أن تتوافر أركان ثلاثة : (١) أن تكون هناك ورقة مكتوبة . (٢) وأن تكون هذه الورقة صادرة من الخصم الذى يحتاج بها عليه أو ممن يمثله . (٣) وأن يكون من شأن هذه الورقة أن تجعل وجود التصرف القانونى قريب الاحتمال (١) .

§ ١ — وجود ورقة مكتوبة

٢٠٩ — **الأعمال المادية لا تكون مبدأ ثبوت بالكتابة** : لا بد لتوافر الركن الأول من وجود ورقة مكتوبة . أما مجرد الأعمال المادية ، إيجابية كانت أو سلبية ، ولو كانت ثابتة بالبيئة أو بالقرائن ، فلا تكفى . ويترتب على ذلك أن تنفيذ الالتزام ، إذا انطوى على أعمال مادية محضة كبناء منزل أو نقل بضاعة ، وثبت بغير الكتابة كما هو الشأن فى هذه الأعمال إذ تثبت عادة بالبيئة أو بالقرائن أو بالمعاينة ، فانه لا يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة . أما إذا كان تنفيذ الالتزام ينطوى على تصرف قانونى كالوفاء بمبلغ من النقود ، فلا بد من إثبات

= ويبدو أن محكمة النقض فى مصر تظاهر هذا الرأى فيما يتعلق بعقد شركة التضامن . فقد قضت بأن عقد شركة التضامن ليس من العقود الشكلية حتى يبطل إذا لم تحرر به كتابة ، بل حكمه حكم سائر التعهدات التى يشترط فيها الإثبات بالكتابة ، إذ أن المادة ٤٦ من قانون التجارة لم تنص على وجوب الكتابة إلا لبيان نوع الدليل الذى يقبل فى إثبات شركة التضامن ، كما نصت المادة ٢١٥ مدنى على وجوب الإثبات بالكتابة إذا زادت قيمة المتعهد على ألف قرش . ولما كان مبدأ الثبوت بالكتابة يقوم فى التعهدات المدنية مقام الإثبات بالكتابة إذا أيدته الشهود والقرائن ، فن باب أولى فى مسألة تجارية ، لأن القاعدة فى المواد التجارية أنه يجوز الإثبات بغير الكتابة طبقاً للمادة ١١٥ المذكورة (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٤ المحاة ٢٦ رقم ٢٩٧ ص ٨٦٩) . والأولوية التى تشير إليها محكمة النقض للمسائل التجارية فى الإثبات بغير الكتابة ليس من شأنها أن تمنع قيام مبدأ الثبوت بالكتابة معزراً بالبيئة أو بالقرائن مقام الدليل الكتابى الكامل فى التصرفات التجارية والتصرفات المدنية على السواء .

(١) وتقول الأساتذة پلانيول وريبير وجابولد أن القضاء الفرنسى يتوسع فى تفسير الركن الأول من مبدأ الثبوت بالكتابة المتعلق بمادته (substance) ، ويضيق من تفسير الركن الثانى المتعلق بمصدره (origine) ، ويستبقى لقاضى الموضوع سلطانه فى تقدير الركن الثالث المتعلق بدلالته (pertinence) (پلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣١ ص ٩٨٦) .

هذا التنفيذ وهو تصرف قانوني بورقة مكتوبة إذا زادت القيمة على عشرة جنيهات . وهذه الورقة — سواء كانت دليلاً كتابياً كاملاً على التنفيذ أو لم تكن إلا مبدأً ثبوت بالكتابة — تكون في الوقت ذاته مبدأً ثبوت بالكتابة بالنسبة إلى إثبات وجود الالتزام . فإذا كان الوفاء منصباً على مبلغ لا يزيد على عشرة جنيهات وكان هذا هو كل الدين ، فإثبات الوفاء يجوز بالبيئة والقرائن ، ولكننا في هذه نكون في غير حاجة إلى مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات الالتزام ذاته ، إذ يجوز إثباته هو أيضاً بالبيئة والقرائن .

وقد يكون مبدأ الثبوت بالكتابة أعمالاً مادية تسجل بعد ذلك في ورقة مكتوبة ، فعند ذلك تكون هذه الورقة المكتوبة — لا الأعمال المادية — هي مبدأ الثبوت بالكتابة^(١) .

٢١٠ — الشروع في الوفاء : وقد كان التقنين المدني السابق ينص

في المادة ٢٨٦/٢٢١ منه على أن « الشروع في الوفاء يصح أن يكون عند الاقتضاء سبباً للقاضي في أن يأذن بالإثبات بالبيئة » . ولم يستبق التقنين الجديد هذا النص ، وقد كانت هناك فائدة في استبقائه ، إذ يتميز في بعض صورته عن مبدأ الثبوت بالكتابة . ذلك أن الشروع في الوفاء قد يكون عملاً مادياً محضاً ، فيثبت بغير ورقة مكتوبة . وكان في هذه الحالة ، وفقاً لنص المادة ٢٨٦/٢٢١ من التقنين المدني السابق ، يصلح سبباً للقاضي في أن يأذن في الإثبات بالبيئة . أما بعد أن أغفل التقنين المدني الجديد إيراد هذا النص ، فلم يعد الشروع في الوفاء يصلح

(١) بل قد بلغ الأمر حد الاستغناء عن إبراز الورقة المكتوبة ذاتها ، إذا ثبت وجودها وكذلك مشتملاتها عن طريق الإقرار أو اليمين ، لا عن طريق البيئة أو القرائن (بودري وبارد ، فقرة ٢٥٨٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٩ — دي باج ٣ فقرة ٨٩٣ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٢٣ ص ٤٠٧ . ويجب أن يذكر الإقرار ما هي الورقة المكتوبة وما الذي تشتمل عليه من بيانات (نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ . ويتبين من ذلك أن الورقة لم تعد هي ذاتها مبدأ الثبوت بالكتابة ، بل هي ليست إلا مجرد دليل عليه ، وهي دليل يمكن الاستغناء عنه بالإقرار وباليمين (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٩ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٧٤ ص ٣٥٧) .

في هذه الحالة أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة يحيز الإثبات بالبينة (١).

وإذا كان الشروع في الوفاء تصرفاً قانونياً كالوفاء بمبلغ من النقود أو دفع الفوائد ، فإن كان المبلغ الموفى به أكثر من عشرة جنيهات فلا بد في إثبات الوفاء من ورقة مكتوبة . وعندئذ تصلح هذه الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات الالتزام ذاته ، دون حاجة إلى استبقاء نص المادة ٢٨٦/٢٢١ من التقنين السابق . أما إذا كان المبلغ الموفى به لا يزيد على عشرة جنيهات ، فيمكن إثبات الوفاء وحده بالبينة أو القرائن دون ورقة مكتوبة . ولكن إثبات الوفاء بالبينة أو بالقرائن في هذه الحالة لا يمكن التذرع به ، كما قدمنا ، لإثبات الالتزام ذاته إذا كان يزيد على عشرة جنيهات ، حتى في عهد التقنين السابق ، بل يجب للوصول إلى إثبات الالتزام أن يكون الوفاء ثابتاً بورقة مكتوبة . وهنا أيضاً تصلح هذه الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات الالتزام ذاته دون حاجة إلى استبقاء نص المادة ٢٨٦/٢٢١ (٢) .

(١) فإذا كان الشروع في التنفيذ المادى قد ثبت ، ولو بالبينة أو بالقرائن ، أنه وقع قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، جاز أن يكون سبباً لإثبات الالتزام الذى تزيد قيمته على عشرة جنيهات بالبينة أو بالقرائن وفقاً لأحكام التقنين المدنى السابق . أما منذ ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ فلم يعد هذا الشروع المادى صالحاً إلا أن يكون مجرد قرينة قضائية ، لا يجوز قبولها إذا زادت قيمة الالتزام على عشرة جنيهات أو كان المراد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها .

(٢) وعند ذلك فقط - أى في حالة الشروع في الوفاء إذا انطوى على تصرف قانونى لا في حالة الشروع في الوفاء المادى - يصدق ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد على الوجه الآتى : « ومن أمثلة الأوراق التى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة المحررات المثبتة لبدء التنفيذ أو للوفاء بالفوائد أو بالإيرادات ، وقد أفرد لها التقنين المصرى (السابق) المادتين ٢٢١-٣٢٢ / ٢٨٦-٢٨٧ . ولما كان الملحوظ في أحكام هاتين المادتين أنها ليست سوى تطبيق للقاعدة العامة ، لذلك لم تر ضرورة للنص عليها ، إذ في تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة ما يفى عنها ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٧) .

وقد كان التقنين المدنى السابق يشتمل على نص آخر ، لم يستبقه التقنين المدنى الجديد ، هو المادة ٢٨٧/٢٢٢ ، وكان هذا النص يقضى بأن « دفع الفوائد يكون سبباً لجواز إثبات أصل الدين بغير الكتابة » . ولما كان دفع الفوائد ليس إلا شروعا في الوفاء بالدين عن طريق تصرف قانونى لا عن طريق عمل مادى ، فإن مبدأ الثبوت بالكتابة يفى عن استبقاء المادة ٢٨٧/٢٢٢ ، كما بينا فيما قدمناه . (أنظر في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٣٠ - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ٢٠٧) .

ويخلص من ذلك أن المادة ٢٨٦/٢٢١، إذا كان يستطيع الاستغناء عنها في حالة ما إذا كان الشروع في الوفاء ينطوي على تصرف قانوني ، فقد كانت هناك فائدة في استبقائها في حالة ما إذا كان الشروع في الوفاء ينطوي على عمل مادي (١) .

٢١١ — **أية كتابة تصلح مبدأً لثبوت بالكتابة :** وكل كتابة تصلح أن تكون مبدأً لثبوت بالكتابة ، أيّاً كان شكلها وأيّاً كان الغرض منها .

فسند غير موقع — إذ السند الموقع يكون دليلاً كتابياً كاملاً — ودفاتر تجارية ، وسجلات وأوراق منزلية ، ومراسلات موقعة كانت أو غير موقعة ، ومؤرخة أو غير مؤرخة ، وموجهة إلى من يحتج بها أو موجهة إلى الغير مادام يمكن تقديمها إلى القضاء ، وتأشيرات على سند الدين ، كل هذه تصلح أن تكون مبدأً لثبوت بالكتابة ، هذا إذا لم تكن دليلاً كاملاً في الحالات التي نص القانون فيها على ذلك وقد تقدم بيانها .

كذلك يصلح أن يكون مبدأً لثبوت بالكتابة محاضر الجرد ، ودفاتر الحساب ، والإيصالات (٢) ، والمخالصات ، والتأشيرات المدونة في هامش الأوراق

(١) وهذا ما جعل التقنين المدني الإيطالي السابق الصادر في سنة ١٨٦٥ يورد هذا النص في المادة ١٣٥٤ منه . وقد نقل عنه التقنين المدني المصري السابق نص المادة ٢٨٦/٢٢١ . واستبقى المشروع الفرنسي الإيطالي نص التقنين الإيطالي في المادة ٣٠٥ منه . وكان من الخير استبقاء نص المادة ٢٨٦/٢٢١ فانه يسد فراغاً ، ولا يمكن أن يستغنى عنه في جميع صورته بمبدأ الثبوت بالكتابة كما رأينا (أنظر في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٢٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الإيصال المعطى من البائع لمن استرد منه عقد البيع الذي كان قد أودعه إياه يجوز للمشتري أن يعتمد عليه في إثبات حصول البيع له ، متى كان قد حصل عليه برضا المودع لديه (نقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٨ ص ٢٧٩) . وقضت دائرة النقض الجنائية بأنه إذا أخذ أحد ضباط القرعة قيمة البدل العسكري من والد أحد المقترعين وبددها ، وزور شهادة معافاة باسم المقترع المذكور ، فإن هذه الشهادة المزورة تعتبر مبدأً لثبوت بالكتابة بالنسبة إلى تسلم المبلغ (٧ يناير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٣ ص ٤) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن الإيصال المحرر من أحد شخصين بقبض مبلغ من الآخر على ذمة المزايدة يعد مبدأً لثبوت بالكتابة (٢١ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٩ ص ٢٧٦) . وقضت محكمة جرجا بأنه إذا قدم المدين ورقة تفيد بأنه بعد تاريخ استحقاق الدين دائن هو الدائن بدين آخر ، اعتبرت هذه الورقة مبدأً لثبوت بالكتابة على المخالصة من الدين الأول (٢٧ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٣٨٢ ص ٥٨٥) .

والسندات أو في ظهرها ، والمذكرات الشخصية ولو كانت مدونة في أوراق منشورة ، وصور الأوراق الرسمية ، وصور الأوراق العرفية كصورة العقد المسجل^(١) .

وتصلح الأوراق القضائية ونحوها من الأوراق أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، حتى لو كانت أوراقاً في قضية أخرى ، وذلك كاليانينات المدونة في أسباب الحكم^(٢) ، وما ورد في محاضر الجلسات ومحاضر التحقيق^(٣) ، والإقرارات التي تدون في مذكرات الخصوم ولو أمضاها الوكلاء عنهم^(٤) ، واليانات التي تقدم لمصلحة الشهر العقاري أو لمصلحة البريد أو للمصالح الحكومية الأخرى وتدون في أوراق رسمية^(٥) .

(١) وقد تقدم بيان أن الصورة الفوتوغرافية للعقد المسجل تعتبر على الأقل مبدأ ثبوت بالكتابة . كذلك الشهادة التي تستخرج من دفتر التصديقات على الإمضاءات والأختام الموقع بها على المحررات العرفية هي صورة رسمية لما يدون في هذا الدفتر من ملخص للمحرر ، وليست صورة للورقة العرفية ، ولذلك فإنه يجوز الاستناد إليها كبداً ثبوت بالكتابة في إثبات هذا العقد (نقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٨ ص ٢٧٩) . ولكن محكمة النقض قضت ، لإثبات صورية العقد ، بأنه إذا كان الحكم لم يعتمد في صورية عقد البيع على شهادة من واقع دفتر التصديق على التوقيعات ، بل اطلعت المحكمة على كتابة مدونة في الدفتر المذكور بها إمضاء للمقر وقع به أمام الكاتب المختص ، فإنه يكون قد اعتمد على سند كتابي صالح للاحتجاج به على الموقع وعلى خلفائه لا على صورة محرر عرقي مجرد من أية قيمة في الإثبات (نقض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) . ويبدو أن المحكمة اعتبرت الشهادة التي تستخرج من دفتر التصديقات مبدأ ثبوت بالكتابة ، أما الكتابة المدونة في دفتر التصديقات فاعتبرتها دليلاً كتابياً كاملاً .

(٢) استئناف مخطوط ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٧ .

(٣) وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأن أقوال المتهم في أثناء التحقيق يمكن أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا احتوت على تناقض أو تباين يدل على سوء نية ، ولم تكن هذه الأقوال ظاهرة بحيث تكون اعترافاً صريحاً (١٥ نوفمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٢٨ — استئناف مصر ٧ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١ ص ٢٢ — الاسكندرية ١٧ فبراير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ١٠٥) — وقضت محكمة استئناف مصر أيضاً بأن المحضر الذي يحمره قص بدار البطيركية بأن زوجة المورث اشترت من مال زوجها المنزل موضوع النزاع رغم انكارها بصمتها على هذا المحضر يعد مبدأ ثبوت بالكتابة (٢٢ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٢ ص ٩٨٧) .

(٤) استئناف مصر ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٧ رقم ١٠ ص ١٧ .

(٥) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « فالشرط الأول وهو وجود =

ويجوز أن يستخلص مبدأ الثبوت بالكتابة من مجموع أوراق متفرقة لا من ورقة واحدة ، كما إذا كانت الورقة الصادرة من الخصم تشير إلى ورقة أو أوراق أخرى غير صادرة منه ولكنها هي ، دون الأوراق الأخرى ، التي تجعل وجود التصرف القانوني قريب الاحتمال^(١) .

٢١٢ — السمات الباطلة : والسند الرسمي إذا كان باطلاً — أي كان سبب بطلانه — وكان موقعاً من ذى الشأن ، تكون له قيمة الورقة العرفية كما سبق القول . فمن باب أولى يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا لم يكن صالحاً لأن يكون دليلاً كتابياً كاملاً .

أما إذا كان السند الرسمي الباطل غير موقع من ذوى الشأن ، وكان عدم التوقيع راجعاً إلى جهل ذى الشأن الكتابة أو عدم استطاعته إياها أو رفضه للتوقيع ، فانه يصلح كذلك أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة^(٢) . وقد رأينا أن الورقة الرسمية الباطلة ، إذا كانت غير موقعة من المدين ، لا تكون لها قيمة الورقة العرفية ، حتى لو كان الموثق قد ذكر فيها عجز المدين عن التوقيع ، ولكنها في هذه الحالة تصلح ، كما قدمنا ، أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة . أما إذا كان السند الرسمي الباطل غير موقع عليه ، لا لجهل بالكتابة أو عدم استطاعة لها أو رفض للتوقيع ، فانه يكون مجرد مشروع لم يتم ، ولا تكون له قيمة الورقة العرفية ، ولا يصلح كذلك أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة . وإذا كان السند الرسمي الباطل صادراً من عدة مدينين متضامين ولم يوقعه إلا بعض هؤلاء ، فلا تكون له قيمة

= كتابة أو محرر عام الدلالة — فلفظ الكتابة يصرف إلى أوسع معانيه — فهو يشمل كل ما يحرم دون اشتراط شكل ما أو وجود توقيع . ولذلك استعمل النص عبارة « فكل كتابة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٧) .

(١) بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٤٧ و ص ٣٤٨ وهامش رقم ٦ مكرر ٣ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٨ — ومن باب أولى إذا قدمت في الدعوى قصاصات ورق مجموعة بعضها إلى بعض بطريق اللصق ، فاستدلت المحكمة منها على أنها أجزاء لأصل واحد ، واعتبرتها ، لا ورقة ضد كاملة ، بل مبدأ ثبوت بالكتابة ، فذلك ليس فيه خطأ في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧ ص ٨٧) .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٧ .

الورقة العرفية ، وكذلك لا يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، لا بالنسبة إلى من لم يوقع لعدم التوقيع ، ولا بالنسبة إلى من وقع لأنه لم يوقع إلا كمدین متضامن مع آخرين فلو صلحت مستنداً ضده لفقد حق الرجوع على من لم يوقع من هؤلاء المدینین (١) .

والسند العرفی ، إذا كان باطلا لعدم التوقيع عليه ، يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان مكتوباً بخط المدین أو كان صادراً منه أو ممن يمثله (٢) . وكذلك السند العرفی الموقع عليه أو الصادر من المدین ، دون ذكر لمقدار الدين ، يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، فيجوز إثبات الدين بالبينة أو بالقرائن ، ولا يعد هذا إثباتاً لما يجاوز الكتابة لأن الكتابة هنا ليست دليلاً كتابياً كاملاً بل مبدأ ثبوت بالكتابة .

٢١٣ — البيانات العلبية — تخلف الخصم عن الحضور (الاستجواب

أو امتناع عن الإجابة : وفي بعض الحالات قد يكون مجرد بيان سلبی ، أى مجرد إغفال ذكر بيان في ورقة مكتوبة ، صالحاً لأن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة . وقد قضت محكمة استئناف أسبوط بأن السكوت ، إذا كان ذا دلالة على الوفاء ، ومرتبطة بورقة متعلقة بالدين ، يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة (٣) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن مبدأ الثبوت بالكتابة قد ينتج من عدم ذكر أمر في ورقة تحتويه عادة ، كما إذا لم يذكر الورثة في محضر جرد أموال مورثهم ديناً من الديون ، فإن هذا يصح اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة في التخلص من هذا الدين (٤) . وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن عدم ذكر دين متنازع عليه في محضر

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٧ .

(٢) أما في فرنسا فالسند العرفی قد يكون باطلاً أيضاً لعدم تعدد النسخ في العقود الملزمة للجانبين ، أو لعدم ذكر عبارة الاعتماد في العقود الملزمة لجانب واحد ، والسند العرفی الباطل لسبب من هذين يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة (محكمة النقض الفرنسية ٢٥ يناير سنة ١٩٤٦ سيريه ١٩٤٦ — ١ — ٢٩ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٨) .

(٣) استئناف أسبوط ١٧ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٧٨ ص ١٥٦ .

(٤) استئناف مصر ٨ يونيو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٢٠ ص ٢٢٨ .

جرد قد يكون مبدأً ثبوت بالكتابة ، على أساس أن محضر الجرد الخالى من ذكر الدين هو الورقة المكتوبة (١) .

وتفريعاً على هذا المبدأ نصت المادة ١٧٣ من تقنين المرافعات الجديد على أنه «إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول ، أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني ، جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك» . والورقة المكتوبة في هذه الحالة هي المحضر الرسمي الذي دون فيه تخلف الخصم عن الحضور أو امتناعه عن الإجابة (٢) .

(١) نقض فرنسي ١٩ يناير سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ — ١ — ٢٩٥ .

(٢) وكان تقنين المرافعات السابق (م ١٦١ — ١٦٢ / ١٨١ — ١٨٢) يجرى على الوجه الآتي : « إذا قررت المحكمة استجواب شخص عن وقائع متعلقة بالدعوى وجائزة القبول ، وامتنع عن الإجابة أو لم يحضر في اليوم المحدد لذلك ، فإن للمحكمة النظر فيما يحتمله ذلك . ويسوغ لها أن تحكم بأن هذا الامتناع مما يؤذن بإثبات الوقائع المبينة عليها الأسئلة بالبيئة ، ولو كانت الحالة مما لا تجيز القوانين الإثبات فيها بذلك » . ويبدو أن سلطة القاضي ، في تقنين المرافعات السابق ، كانت أوسع منها في التقنين الجديد ، فقد كان القاضي يستطيع ، بما له من حق النظر فيما يحتمله امتناع الخصم عن الحضور أو عن الإجابة ، أن يعتبر هذا الامتناع إقراراً كاملاً ، كما أن له أن يعتبره مبدأً ثبوت بالكتابة ، أو قرينة قضائية بسيطة تنقل عبء الإثبات إلى الخصم الممتنع عن الحضور أو عن الإجابة . أما في تقنين المرافعات الجديد ، فأوسع سلطة للقاضي هي أن يعتبر الامتناع عن الحضور أو عن الإجابة مبدأً ثبوت بالكتابة .

وقد قضت محكمة النقض ، في عهد تقنين المرافعات السابق ، بأنه إذا كانت المحكمة قد استجوبت طرفي الخصوم فيما تقدم به المدعين من القرائن للتدليل على كذب الإيصال الصادر منه ، فإن محضر هذا الاستجواب لا يمكن اعتباره لذاته مبدأً ثبوت بالكتابة ، لأنه يجب لاعتباره كذلك أن يكون قد تضمن قولاً صادراً عن يراد الإثبات ضده يجعل الحق المراد إثباته بالبيئة قريب الاحتمال . فإذا كان الثابت في المحضر أن كلا من الطرفين قد أصر إصراراً تاماً على وجهة نظره : الدائن ينكر إنكاراً مطلقاً كل ما يدعيه المدين والمدين مصر على دعواه ، فإنه لا يمكن اعتباره مبدأً ثبوت بالكتابة (نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٩ ص ٢٥٦) . أما إذا تضمن محضر الاستجواب ما يجعل الواقعة المدعاة قريبة الاحتمال ، صح أن يكون مبدأً ثبوت بالكتابة (استئناف مصر ٧ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٠ ص ٦١ — استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٤) . ولا يترتب على امتناع المدعي المدعي عن المجابة على الأسئلة الموجهة إليه من النيابة أثناء التحقيق جواز قبول الإثبات بالبيئة في غير الأحوال التي أجاز فيها القانون الإثبات بهذه الطريقة ، فإن امتناعه في هذه الحالة لا يمكن أن يقاس بامتناع أحد الخصوم في دعوى مدنية عن المجابة على الأسئلة التي وجهت إليه أثناء استجوابه عن وقائع معينة (استئناف أهلي أول مارس سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٤٧) . هذا =

فكأن الواقعة التي يتكون منها مبدأ الثبوت هي واقعة مستقلة عن الكتابة ،
وليست الكتابة الا لإثباتها (١).

٢١٤ — التاريخ الثابت لمبدأ الثبوت بالكتابة : يميز الفقه في فرنسا

بين ورقة عرفية موقع عليها وقد أعدت للإثبات ولكنها لا تصلح الا مبدأ ثبوت
بالكتابة — وذلك كالورقة العرفية التي لم تتعدد نسخها أو لم تحمل عبارة الاعتماد
المعروفة — وبين ورقة عرفية لم يوقع عليها ولم تعد للإثبات وتصلح مع ذلك أن
تكون مبدأ ثبوت بالكتابة — وذلك كدفاتر التجار والسجلات والأوراق المنزلية
والمذكرات الشخصية . ففي الحالة الأولى لا يكون تاريخ الورقة حجة على الغير
الا اذا كان ثابتاً وفقاً للطرق التي سبق بيانها في ثبوت التاريخ ، وذلك بالرغم
من أن الورقة ليست الا مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة . وفي الحالة الثانية يكون
تاريخ الورقة حجة على الغير دون حاجة الى أن يكون تاريخاً ثابتاً ، وللغير أن
يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح بجميع الطرق لأنه ليس طرفاً في الورقة (٢) .

ولما كانت الحالة الأولى لا تتحقق في مصر ، اذ هي ترجع الى أحكام في التقنين
الفرنسي أغفلها التقنين المصري — تعدد النسخ وعبرة الاعتماد — فانه يمكن القول
أن مبدأ الثبوت بالكتابة في القانون المصري يكون تاريخه حجة على الغير دون
حاجة الى أن يكون ثابتاً . والغير الذي ينازع في صحة هذا التاريخ يستطيع أن
يثبت عدم صحته بجميع الطرق ، حتى بالبيئة أو بالقرائن ، لأنه من الغير وليس
طرفاً في الورقة التي يحتج بها عليه كمبدأ ثبوت بالكتابة كما سبق القول .

٢١٥ — ما لا يميز مبدأ ثبوت بالكتابة : ويتبين مما قدمناه أنه لا يكون

هناك مبدأ ثبوت بالكتابة إذا لم تكن هناك ورقة مكتوبة يستند إليها في الإثبات ،

= وقد جاء في قرار المحكمة تمييز لبنان « أن تناقض المدعى عليه في أقواله يعد مبدأ ثبوت بالكتابة ،
ما يجوز معه الإثبات بالشهادة والقرينة » (محكمة التمييز اللبنانية رقم ٩٠٠ تاريخ ١٩٤٠/٤/٢٥
مجلة المحامي سنة ١٩٤١ قسم ٤ ص ٧ — انظر الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات جزء ٢
في الشهادة ص ٦١٦) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٩ .

(٢) بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٢١ — ص ٢٢٣ وهامش رقم ١٠١

مكرر ٣ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٦ ص ٩٣٠ .

ولو كانت ورقة أغفل فيها ذكر الواقعة المراد إثباتها حيث كان يجب ذكرها وهو ما سميناه بالبيان السلبي فيما تقدم . فأى عمل مادي ، إيجابي أو سلبي ، وأى قول لا ينتهى إلى بيانات مدونة — أو مغفلة حيث كان يجب تدوينها — فى ورقة مكتوبة ، لا يكون مبدأ ثبوت بالكتابة . ومن ثم لا تكفى الأقوال الشفوية إذا كان لا يمكن إثباتها بالكتابة ، وإن كان يمكن إثباتها بالبينه أو بالقرائن^(١) .

وإذا كان المراد هو إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها عن طريق مبدأ ثبوت بالكتابة معزراً بالبينه أو بالقرائن ، فلا يصح أن تكون الورقة ذاتها التى يراد إثبات ما يخالفها أو يجاوزها هى مبدأ الثبوت بالكتابة ، بل يجب أن يكون مبدأ الثبوت بالكتابة ورقة أخرى صادرة فى تاريخ تال لهذه الورقة التى يراد إثبات ما يخالفها أو يجاوزها^(٢) .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٨٢ — وقد قضى بأن الإمضاء الموقع بها على سند ما يجب أن تشمل اسم الملتزم ، ولا تغنى عنها علامة يضعها المدين ؛ كما لا يصح اعتبار هذه العلامة مبدأ ثبوت بالكتابة إذ لا قيمة لها قانوناً ، ويسرى هذا الحكم أيضاً على الختم المطموس الذى لا يقرأ (دمياط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٩ ص ٦٢ — محكمة النقض الفرنسية ١٥ مايو سنة ١٩٣٤ دالوز ١٩٣٤ — ١ — ١١٣ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٨) ومع ذلك فقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وقد تكون هذه الكتابة سنداً أو مذكرة شخصية أو مجرد علامة ترمز للاسم أو توقيعاً أو غير ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٧) — والورقة التى تشير إلى ورقة أخرى هى التى تجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال تعتبر هى والورقة الأخرى معا مبدأ ثبوت بالكتابة ، ما دامت الورقة الأخرى موجودة ، كما سبق القول . أما إذا لم يوجد أثر لهذه الورقة الأخرى ، فالورقة الأولى وحدها لا تكفى لتكون مبدأ ثبوت بالكتابة (حكم محكمة باريس الاستئنافية ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ جازيت دى تريبينو ٢٩ أبريل سنة ١٩٣١ ويشير إليه بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٨ — ص ٩٨٩) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة طنطا بأن بقاء أصل عقد البيع الموقع عليه من المتعاقدين تحت يد البائع قرينة يصح التمسك بها ليثبت البائع بالبينه أن العقد صورى ولولم تؤخذ على المشتري ورقة ضد (٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١١٧ ص ١٦٧) . وكان من الممكن أن يقال إن بقاء أصل عقد البيع تحت يد البائع قرينة على أن العقد لا يزال مشروعاً لم يتم لاعلى أنه عقد صورى ، لولا أن هذا يعتبر إثباتاً بالقرائن لما يخالف عقد بيع مكتوب .

ويعتبر وضع توقيع على ظهر « شيك » مبدأ ثبوت بالكتابة (دى باج ٣ فقرة ٨٩٢ ص ٨٣٢ وهامش رقم ٨ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٢٢٣) .

(٢) بارتان على أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٤٨ — ديرانتون ١٣ فقرة ٣٣١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٦ و ص ٩٨٨ — نقض فرنسى ١٣ يونيو =

٢١٦ — رفاة محكمة النقض : وكون هذا الركن الأول — وجود ورقة مكتوبة — قد توافر في مبدأ الثبوت بالكتابة أو لم يتوافر مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة محكمة النقض^(١) .

§ ٢ — صادرة من الخصم أو ممن يمثله

٢١٧ — الورقة صادرة من الخصم : حتى تصلح الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة ، يجب أن تكون صادرة من الخصم الذي يحتج عليه بها ، مدعيا كان في الدعوى التي رفعها أو مدعى عليه في الدفع الذي تقدم به^(٢) . وصدور الورقة من الخصم إما أن يكون صدورا ماديا (matériel) أو صدورا معنويا (intellectuel) .

فالصدور المادي يتحقق بأن تكون الورقة بتوقيع الخصم أو بخطه — وأي الشيتين يكفي : التوقيع أو الخط . والورقة التي وقعها الخصم تكون في الغالب دليلا كتابيا كاملا إذا أعدت أصلا لإثبات المدعى به . ولكنها قد لا تكون أعدت لذلك ، واقتصرت على بيانات تجعل المدعى به قريب الاحتمال ، وعندئذ يكفي لاعتبارها صادرة من الخصم أن تكون بتوقيعه دون أن تكون بخطه^(٣) . ولكن يجب أن يكون التوقيع هو التوقيع الصحيح للخصم ، فلا يكفي أن يكون مجرد تأشير

= سنة ١٨٨٣ دالوز ٨٤ — ١ — ٣٨ — ١٠ مارس ١٨٩٦ دالوز ٩٦ — ١ — ٢٠١ . ولكن للورقة التي أسيء توقيعها على بياض تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات إساءة هذا التوقيع (بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٤٨ هامش رقم ٣ مكرر ٣) .
(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٦٤ وهامش رقم ٨ والمراجع والأحكام المشار إليها في هذا الهامش .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٩٦ — ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٤٩ — ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٧٩ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا وقع شخص بامضائه التزاما عقده الغير لحسابه ، دون أن يبين ما إذا كان قد أراد بامضائه الالتزام أن يقره أو أن يكون مجرد شاهد في الورقة ، فإن هذا السند لا يكون دليلا كاملا على التزامه ، ولا يصلح إلا مبدأ ثبوت بالكتابة يرخص في تقديم البينة لإثبات أنه إنما وقع بامضائه كطرف في الالتزام لا كمجرد شاهد (استئناف مختلط ١٤ يونيو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٤٧) .

(paraphe) أو علامة (marque) أو توقيع هامشي (signature marginale)^(١). وقد تكون الورقة غير موقع عليها من الخصم ، ولكنها مكتوبة بخطه . وهذا يكفي لاعتبار الورقة صادرة منه ، ولا حاجة إلى التوقيع^(٢) . وسواء كانت الورقة موقعة من الخصم أو مكتوبة بخطه ، فالواجب في الحالتين أن يكون الخصم غير منكر لتوقيعه أو خطه . أما إذا أنكر ، فلا بد من اللجوء إلى إجراءات تحقيق الخطوط على النحو الذي ينشأه فيما تقدم ، فإن ظهر من التحقيق أن التوقيع أو الخط هو له اعتبرت الورقة صادرة منه ، وهذا ما لم يطعن فيها بالتزوير وينجح في هذا الطعن^(٣) .

والصدور المعنوي يتحقق بأن الخصم — وهو لم يوقع الورقة ولم يكتبها بخطه — يعتبرها كما لو كانت صادرة منه . فقد يكون الخصم أمياً فتكتب الورقة بأملائه^(٤) ،

(١) ويتساءل أوبري ورو عما إذا كان يكفي التوقيع الذي بدأه الخصم فأدركه الموت قبل أن يتمه ، ويجب أن محكمة باريس الاستئنافية (٢٧ مارس سنة ١٨٤١ سيريه ٤٢ — ٢ — ١٠) قد قضت بأنه يكفي (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ هامش رقم ١٥) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن الورقة الصادرة من الخصم المطلوب الإثبات ضده يجوز قبولها كبداً ثبوت بالكتابة ولو لم تكن ممضاة منه (٣ مارس سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٦٠) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن مبدأ الثبوت بالكتابة لا يشترط فيه أن تكون الورقة مكتوبة وموقعاً عليها من الخصم ، لأنها في هذه الحالة تكون دليلاً تاماً ، وإنما يكفي أن تكون الورقة مكتوبة بخط الخصم وإن كان موقعاً عليها من غيره ، كما يجوز أن يكون كتبها غيره وهو وقع عليها (١٠ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٩٨) . بل أن الإقرار يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة باعتباره صادراً من الخصم ، وقد قضت محكمة النقض بأنه يمكن أن يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة الإقرار المركب إذا أريدت تجزئته والأخذ ببعضه دون البعض الآخر ، لأن عدم تجزئة الإقرار محله ألا يكون في الدعوى دليل آخر غيره . أما إذا وجدت بينة ، فتمكن تجزئة الإقرار ، على أن يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة تكمله البينة (نقض مدني ٢١ يونيو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٧٦ ص ٢١٠ ، وحكم آخر في نفس التاريخ المحاماة ٢٦ رقم ٨٣ ص ٢٢٠) . وقضت محكمة منوف بأن إقرار البائع المدون في مذكرات مقدمة منه في دعاوى سابقة بشأن البيع الصادر منه المشتري يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة (١٨ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ١/٧٩) .

أما المنشور المطبوع غير الممضي فلا يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة لأنه يتعذر التحقق من مصدره (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩٢ — ص ٩٩٣) .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩٣ .

(٤) نقض فرنسي ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٣٥ — ١ — ٦١ .

وتعتبر في هذه الحالة صادرة منه دون أن يكون قد وقعها أو كتبها بخطه (١) .
وقد تكون الورقة لم تكتب بأملائه ، ولكنه تمسك بها مقرأ بما ورد فيها ،
كمخالصة صادرة من الخصم الآخر تمسك بها ، فتعتبر كأنها صادرة منه دون
أن تكون بتوقيعه أو بخطه (٢) . ويلاحظ أن ارتضاء الخصم للورقة التي لا تحمل
توقيعه أو خطه ، واعتبارها صادرة منه ، واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق
ومنها البينة والقرائن (٣) . والورقة الرسمية غير الموقع عليها من الخصم قد تعتبر
صادرة منه صدوراً معنوياً ، وصفة الموظف العام الذي كتب هذه الورقة قد
تكفي وحدها في ذلك . فالإقرارات والبيانات التي ترد في أسباب الحكم (٤) ،

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن محاضر المحجوز الإدارية التي توقع بناء على طلب المؤجر
على زراعة المستأجر تعتبر قانوناً أنها صادرة من المؤجر ، وهي بذلك تصلح للاحتجاج بها عليه
كبدأ ثبوت بالكتابة في شأن بيع الأشياء المحجوزة بالقدر وبالتمن الوارد بها ، فإذا استكملتها
محكمة الموضوع مما تذكره في حكمها من القرائن ، واستنتجت منها وجوب خصم قيمة الحاصلات
حسبما جاء بمحاضر المحجز ، فهذا الاستخلاص مما يدخل في حاصل فهم الواقع في الدعوى ،
ولا رقابة فيه لمحكمة النقض على محكمة الموضوع (نقض مدني ١٩ مارس سنة ١٩٣٦ مجموعة
عمر ١ رقم ٣٣٩ ص ١٠٧٦) . وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن ما يكتبه المستخدم في
البنك باملاء مدير البنك ، وما يكتبه الكاتب باملاء موثق العقود ، يعتبر صادراً من مدير البنك
ومن الموثق (نقض فرنسي ١١ يونيو سنة ١٨٧٢ سيريه ٧٢ — ١ — ٢٦١ — أوبري ورو ١٢
فقرة ٧٦٤ هامش رقم ٣٣) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قدم شخص ضمن مستنداته مستنداً صادراً له من
آخر يقرر فيه أنه كانت بيده ورقة ضد صادرة له من هذا الشخص خاصة ببيع قدر من الأرض
وأنه وقد أصبح هذا البيع نهائياً فإن ورقة الضد التي ضاعت منه تعتبر لاغية ولا يعمل بها إذا
ظهرت ، فأجازت المحكمة لهذا الآخر أن يثبت ما احتوته هذه الورقة بقرائن الأحوال ، فإنها
لا تكون خالفت القانون ، إذ أن تمسك ذلك الشخص بالمستند الذي قدمه يفيد تسليمه سبق
وجود ورقة الضد وبضياعها وبأن موضوعها خاص بالبيع الذي هو محل الدعوى (نقض مدني ٥
يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٧ ص ١٦٢) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان
الطاعن قد قدم إلى المحكمة ضمن مستنداته خطاباً مرسلًا له من المطعون عليه ، فإنها لا تكون قد
أخطأت إذا استخلصت من هذا الخطاب دليلاً قبل الطاعن (مبدأ ثبوت بالكتابة) ، ذلك أن
تقديم الطاعن مستنداً له في الدعوى يفيد تمسكه بما ورد فيه ، فيصح الاحتجاج عليه بمضمونه
(نقض مدني ١٦ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٣٤ ص ٩٠٤) .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩٣ .

(٤) نقض فرنسي ١٧ يولييه سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ — ٤٧٥ .

وتلك التي ترد في محضر الاستجواب^(١) ، أو في محضر المعاينة ، كل هذه تعتبر صادرة من الخصم صدوراً معنوياً ، فهي لا تحمل توقيع الخصم أو خطه ، ولكنها مدونة في أوراق رسمية منسوبة إلى الخصم ، بواسطة موظفين عامين فوق مستوى الشبهات^(٢) . وهذا بخلاف الورقة الرسمية الموثقة ، فانها إذا لم تكن موقعة من الخصم ، ولم يكن عدم التوقيع راجعاً إلى الجهل بالكتابة أو عدم

-
- (١) نقض فرنسي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ جازيت دي پاليه ١٩٣٩ — ١ — ٣٤٧ .
(٢) بل إن البيانات التي يذكرها عامل مصلحة البريد في حوالة بريدية تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة (نقض فرنسي أول مارس سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ — ١ — ١٠٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩٤) . وقضت محكمة النقض بأن تمسك الصادر له الورقة المطعون فيها بالتزوير بهذه الورقة وثبوت تزويره لتاريخها ، أي أن أصل تاريخها الصحيح هو ما يقرره مدعى التزوير ، ذلك يعتبر حتماً مبدأ ثبوت بالكتابة (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٠ ص ٧٥١) — انظر أيضاً : استئناف مصر ١٠ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ ص ١٧٣ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٨٥ — ٧ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٦١ — استئناف أسبوط ١٧ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ١٥٦ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « على أن الفقه والقضاء في فرنسا وبلجيكا ومصر استقرا على أن إقرارات الخصوم التي يدلون بها وتدون تحت إشراف موظف مختص أو قاض يأمر بإثباتها يكون حكمها حكم المحررات الصادرة منهم ولو لم تكن مدونة بخطهم أو موقعاً عليها منهم . ويتعين بداهة في هذه الحالة أن يكون الموظف العام مختصاً يتلقى مثل هذه الإقرارات ، وأن يكون للقاضي ولاية الأمر بإثباتها . وغنى عن البيان أن ما يصدر من الخصوم من إقرارات على هذا الوجه يكون بمنزلة مبدأ ثبوت بالكتابة ، إذا كان من شأنه أن يجعل الالتزام المدعى به قريب الاحتمال . وقد حفلت أحكام القضاء بكثير من التطبيقات في هذا الصدد . فن ذلك مثلاً الإقرارات التي يدلي بها في محضر جرد أو حصر تركة أو مناقصة أو قسمة (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٨٧٩ مج ر م ٤ ص ٩١) ، والبيانات التي تدون في ورقة من أوراق المحضرين (استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٨٧٩ مج ر م ٤ ص ٣٨٨) ، والإقرارات التي تصدر في استجواب عن وقائع (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٠ ب ٢ ص ٣٩٤ — ٢١ فبراير سنة ١٩١٨ ب ٣٠ ص ٢٤٣) ، والإقرارات أو الشهادة التي يدلي بها ذوو الشأن أمام قاضي التحقيق أو القاضي المدني أو الجنائي (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ ب ٢٠ ص ١٦٧) ، وما يثبت من أقوال أو إقرارات في حكم من الأحكام (استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٨٧٧ مج ر م ٢ ص ٣٠٩) . وقد أشارت المادة ٤٤٥ فقرة ٣ من التقنين المراكشي إلى هذه التطبيقات في بعض إيراد الأحكام الخاصة بمبدأ الثبوت بالكتابة ، فنصت على أن الإقرارات التي يطلقها أحد الموظفين العموميين المختصين أو القضاة في حدود ولايته تعتبر صادرة من الخصم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٨) .

استطاعتها أو رفض التوقيع ، فلا تعتبر مبدءاً ثبوت بالكتابة ، لأنها تعتبر في هذه الحالة مجرد مشروع لم يتم ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١) .

٢١٨ — الورقة صادرة ممن يمثل الخصم : ويصح أن تكون الورقة

صادرة ، لا من الخصم نفسه ، بل ممن يمثل الخصم وقت تحرير الورقة . والأدق أن يقال : ممن يمثله الخصم أو ممن يمثل الخصم (٢) .

فمثل من يمثله الخصم المورث . فالورقة الصادرة من المورث تعتبر كأنها صادرة من الوارث ، وتصلح أن تكون مبدءاً ثبوت بالكتابة يحتاج بها على الوارث كما

(١) پلانيول وريير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩٤ — أما صور الأوراق الرسمية وصور الأوراق العرفية ، فقد بينا فيما تقدم متى تعتبر مبدءاً ثبوت بالكتابة . انظر أيضاً في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٤٠٩ — ص ٤١١ .

(٢) محكمة باريس الاستئنافية ٢٦ يناير سنة ١٩٥٢ جازيت دى باليه ١٢ — ١٤ مارس سنة ١٩٥٢ — وهذا ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، ولذلك لم ينص عليه صراحة التقنين المدنى الجديد . أما التقنين المدنى الفرنسى (م ١٣٤٧) فقد ذكر : « كل ورقة مكتوبة صادرة من الخصم الموجه إليه الطلب أو من شخص يمثله هذا الخصم »

“tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente”

وقد أخذ على هذا النص : (ا) أنه يقتصر ، في عبارته الأولى ، على المدعى (الخصم الموجه إليه الطلب) ، والواجب إطلاق العبارة حتى تشمل المدعى عليه في الدفع أذ يصبح عند ذلك مدعياً ، وكان الأولى أن يقال : « الخصم الذى يحتاج عليه به » ، ليشمل المدعى فى الدعوى والمدعى عليه فى الدفع . (ب) أنه يقتصر ، في عبارته الثانية ، على ذكر من يكون الخصم ممثلاً له (celui qu'il représente) كالمورث ، ولم يذكر من يكون ممثلاً للخصم كالموكيل (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ هامش ٧ وهامش ٨) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى في هذا الصدد ما يأتى : « والشرط الثانى هو صدور المحرر من الخصم الذى يحتاج عليه به ، لا من أحد الأغيار . بيد أن المحرر يعتبر صادراً من مثل هذا الخصم ولو كان صادراً من غيره ، متى كان هذا الغير مستخلفاً تسرى التزاماته على من يحلفونه خلافة عامة (كالمورثة) وفقاً للقواعد العامة ، أو نائباً قانونياً أو اتفاقياً يعمل في حدود نيابته لأن كتابة الموكل تكون حجة على الوكيل وبالعكس . ولذلك استعمل النص عبارة « الخصم أو نائبه » وفقاً لما جرى عليه القضاء المصرى (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ ب ٢٠ ص ١٦٧) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٧) — ويلاحظ أن المشروع التمهيدى لم يرد فيه إلا لفظ « الخصم » دون « نائبه » ، وإنما وردت عبارة « الخصم أو نائبه » في المشروع الأولى للإثبات الذى سبقت الإشارة إليه .

كان محتج بها على المورث . ومثل من يمثله الخصم أيضاً المدين إذا استعمل الدائن حقوقه . فالورقة الصادرة من المدين تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة محتج بها على الدائن (١) .

ومثل من يمثل الخصم وكيله . فالورقة التي تصدر من الوكيل في حدود وكالته تعتبر كأنها صادرة من الموكل ، ويحتج بها عليه كمبدأ ثبوت بالكتابة (٢) . على أنه يجب إثبات عقد الوكالة وفقاً للقواعد العامة .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٥٥ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رفعت دعوى بموجب سند أقر فيه المدعى عليه بقبضه مبلغاً على سبيل الأمانة ، ورفع المدعى عليه الدعوى بصورية هذا السند قائلاً أن قيمته هي مجموع مبالغ دفعتها له المدعية عن استحقاقه في وقف هي ناظرة عليه ، وأن زوج المدعية ووكيلها طلب إليه أن يحزر ذلك السند لمصلحة زوجته في دعوى مرفوعة عليها من بعض أخواتها ، وأنه في نظير هذا يرد له إيصالات المبالغ المذكورة ، واستند المدعى عليه في دفعه هذا إلى تلك الإيصالات المعترف بها من المدعية والمؤشر عليها من زوجها وكيلها بما يفيد سبق وجودها لديها واستردادها منها ، واعتبرت المحكمة هذه الإيصالات مبدأ ثبوت بالكتابة يجوز تكلمة الدليل على الصورية بالبيئة والقرائن فيما بين العاقلين ، فهذا صحيح لا يخالفه فيه للقانون ، لأن هذه الإيصالات وإن كانت صادرة من المدعى عليه ، إلا أنها معترف بها من المدعية ومؤشر عليها من وكيلها بما جعل ثبوت المدعى به قريب الاحتمال في نظر المحكمة (نقض مدني ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤١ ص ٦٦٠) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المخالصة الصادرة من صراف مالك الأرض والمذكورة بتحديد الأرض الصادرة من مهندس المالك ، هذان يعتبران مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات بيع الأرض (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٢١ ص ٢٨) وقضت كذلك بأن ناظر الزراعة لا يعتبر وكيلًا عن المالك ، فالورقة الصادرة منه لا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ضد المالك (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٢٩ ص ١٠٤١) انظر أيضاً : استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٧ — ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠ . وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن علاقة التبعية القائمة بين رب العمل والمستخدم تجعل الورقة الصادرة من الثاني مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة إلى الأول (نقض فرنسي ١٣ يونيو سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ - ٣٩٣) . والورقة الصادرة من الفضولي تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ضد رب العمل إذا أقر هذا أعمال الفضالة صراحة أو دلالة (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩١ - ص ٩٩٢) - والخطاب الصادر من المهندس المعماري لصاحب الأرض إلى مهندس الجار ، في شأن تعدى الجار على هذه الأرض ، بعد مبدأ ثبوت بالكتابة ضد صاحب الأرض (نقض فرنسي ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٧ - ١ - ٢١) كذلك دفاتر المصرف أو موثق العقود تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ضد موكليهما (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٥٦) .

والحامي يعتبر وكيلاً عن الخصم الذي يترافع عنه . فالإقرارات والبيانات التي يكتبها في مذكراته منسوبة إلى موكله تعتبر صادرة من الموكل ، وتصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة يحتاج بها عليه . وهذا هو أيضاً شأن ما يدلى به في مرافعته منسوباً إلى موكله ، ويدون في محضر الجلسة ، أو في محضر التحقيق .

كذلك المحضر يعد وكيلاً . فكل إعلان يقوم به المحضر على لسان الخصم يعتبر كأنه صادر من الخصم ، كصحيفة الدعوى والمعارضة في التنبيه وغير ذلك من أوراق المحضرين ^(١) .

ويمثل الولي والوصي والقيم القاصر والمحجور عليه ، في حدود ولاية كل منهم . فالورقة الصادرة من أحد من هؤلاء ، في هذه الحدود ، تعتبر كأنها صادرة من القاصر أو المحجور عليه .

٢١٩ — ما لا يعتبر صادراً من الخصم ولا ممن يمثله : ويتبين مما

تقدم أن الورقة ما لم تكن صادرة من الخصم ، أو ممن يمثله الخصم أو ممن يمثّل الخصم ، لا تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، ولا يحتاج بها على الخصم .

فالورقة الصادرة من الخصم الآخر لا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يحتاج بها على الخصم الأول ^(٢) ، للسبب المتقدم ، ولأن الشخص لا يستطيع أن يصطنع

= وقضت أخيراً محكمة النقض في مصر بأنه يجب ، لكي يعتبر المحرر الصادر من ينوب عن الخصم المطلوب الإثبات عليه ، كوكيل أو ولي أو وصي ، مبدأ ثبوت بالكتابة ، أن يكون قد صدر منه في حدود نيابته ، فإذا كان الحكم قد اقتصر في اعتباره الإقرار السالف الذكر مبدأ ثبوت بالكتابة مع كونه صادراً من جد القصر والوكيل عن الوصية ، دون أن يبين ما إذا كان هذا الإقرار قد صدر في حدود وكالة الجد عن الوصية من ناحية — وفي حدود سلطتها كوصية على القصر من ناحية أخرى ، فإنه يكون قاصر البيان قصوراً يستوجب نقضه (نقض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٧ ص ٦٢) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩١ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند في قضائه برفض الدعوى المقامة من الطاعن ضد مجلس محلي الجيزة بالمطالبة بمبلغ تعويضاً عما لحقه من خسارة بسبب امتناع المجلس عن تنفيذ ما التزم به له مقابل استيلائه على جزء من ملكه وملك الوقف للانتفاع به في عمل شارعين أو مقابل ما ضاع عليه من الكسب بسبب تصرف المجلس معه — إذا كان استند في قضائه بذلك إلى أن الطاعن كان ، بعد أن قرر المجلس — تنفيذاً لما ارتأته الوزارة — أن يكون التنازل بلا شرط ، قد سكت زمناً ولم يطالب بأي تعويض ، بل هو بعد ذلك تنازل للمجلس عن = (٢٨ الوسيط — ج ٢)

الدليل لنفسه (١) .

والورقة الصادرة من الزوج لا يحتج بها على زوجته ، ولا يحتج بالورقة الصادرة من الزوجة على زوجها ، هذا ما لم يكن أحدهما وكيل الآخر وفي حدود هذه الوكالة (٢) .

كذلك لا يحتج بالورقة الصادرة من الإبن على أبيه ، ولا من الأب على ابنه (٣) . ولا يحتج بالورقة الصادرة من أحد الشركاء في الشيوع على باقي الشركاء ، ولا من أحد المتهمين في جريمة على شركائه أو الفاعلين الأصليين الآخرين ، ولا من أحد الخصوم في الدعوى على المنضمين معه في الخصومة ، ولا من مصفى الشركة على أحد الشركاء (٤) .

كذلك لا يحتج على الخصم بما يصدر عن الغير من إقرارات وبيانات عند استجوابه . ومن ثم لا يجوز استجواب ولا الأمر باستحضار غير الخصم (٥) .

= أرض شارع آخر بدون تعويض رغبة منه في تصقيع أرض الوقف ، ثم إنه قبض ثمن النخيل الذي وافقت الوزارة على دفعه له بكتابتها الذي قالت فيه إن التنازل عن أرض الشارعين لا يكون معلقاً على شرط ، فإن كل هذا الذي استند إليه الحكم لا يخرج عن كونه قرائن أحوال لا تصلح قانوناً لإثبات التنازل المذكور عن أرض الشارعين التي تزيد قيمتها على عشرة جنيهاً (نقض مدني ٨ يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٦ ص ٣٩٨) . ولم تعتبر محكمة النقض الكتابة الصادرة من مجلس محلي الجيزة بتنازل المدعى عن أرض الشارعين مبدأ ثبوت بالكتابة ضد المدعى ، لأنها كتابة صادرة من الخصم الآخر .

(١) استئناف مختلط ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٢٣ ص ١١ .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ هامش ٣٤ و ص ٣٥٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت أن المشتري لم توقع الورقة المتضمنة إقرارها أن عقد شرائها صوري ، بل كان الذي وقعها هو والدها الذي لم يكن نائباً عنها ، فإنه لا يصح أن تتخذ المحكمة من تلك الورقة دليلاً كاملاً على صورية ذلك العقد في حالة ما يكون إثبات الصورية غير جائز إلا بالدليل الكتابي (نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧) . ولم تصرح المحكمة بعدم جواز اتخاذ الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة ، بل اقتصرت على ذكر أنه لا يصح اتخاذها دليلاً كاملاً .

(٤) نقض فرنسي ٢٢ مايو سنة ١٩٣٥ سيرييه ١٩٣٥ — ١ — ٣٠٧ .

(٥) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٥٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩٠ — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا صدر حكم ابتدائي بناء على طلب أحد الدائنين بصورية عقد أبرمه مدينه ، ثم قضت محكمة الاستئناف بإلغائه وعدم قبول دعوى المدعى ، فهذا الحكم لا يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة في دعوى صورية العقد التي يرفعها المدين فيما بعد على من أصدر له التصرف (نقض مدني ٢٤ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٩ ص ٧٤٠) .

٢٢٠ — رقابة محكمة النقض : وكون الورقة صادرة من الخصم ، أو ممن له صفة في تمثيل الخصم له أو في تمثيله للخصم ، هو الركن الجوهرى في مبدأ الثبوت بالكتابة ، إذ هو الذى يصل الورقة بالخصم ويجعلها حجة عليه . وهذه مسألة من مسائل القانون ، ومن ثم كان البت فيها خاضعاً لرقابة محكمة النقض ، مثلها في ذلك مثل الركن الأول^(١) .

§ ٣ — تجعل المدعى به قريب الاحتمال

٢٢١ — معنى قريب الاحتمال : لا يكفي أن تكون الورقة المقدمة كبداً ثبوت بالكتابة من شأنها أن تجعل الواقعة المراد إثباتها محتملة ، بل يجب أن تجعل هذه الواقعة مرجحة الحصول ، لا ممكنة الحصول فحسب^(٢) .

فاذا توافر ركن قرب الاحتمال على هذا النحو ، فإن مبدأ الثبوت بالكتابة ، هو وحده أيضاً ، لا يكفي دليلاً كاملاً على صحة الواقعة المراد إثباتها ، كما تقدم القول . بل يجب تكملته بالبيئة ، أو بالقرائن ، أو بهما معاً .

وليس القاضى مجبراً ، عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، أن يحيل الدعوى إلى التحقيق لتكملة الدليل . فقد يرى في ظروف القضية وملابساتها وفيما يحوطها من القرائن القضائية ما يقنعه بصحة الواقعة المدعى بها ، وتكون القرائن في هذه الحالة هي التى أكملت مبدأ الثبوت بالكتابة . وقد يقوم من ظروف القضية وملابساتها ما يقنعه بعكس ذلك ، فلا يحتاج أيضاً في هذه الحالة إلى أن يحيل الدعوى إلى التحقيق ، ويزول ما كان لمبدأ الثبوت بالكتابة من أثر كدليل .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٤ وهامش رقم ٥٨ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦١٤ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٤ ص ٩٩٤ — ص ٩٩٥ .
(٢) قارن دى باج ٣ فقرة ٨٩٥ — ويتبين من ذلك أن الورقة المثبتة لوجود اتفاق لا تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة على تنفيذ هذا الاتفاق . ومن ثم لا تصلح الورقة المثبتة للدين مبدأ ثبوت بالكتابة لمصلحة الدائن لإثبات قطع التقادم عن طريق دفع الأقساط المستحقة والفوائد (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦١ وهامش رقم ٤٧) .

وقد يرى القاضي أن يحيل الدعوى إلى التحقيق لاستكمال مبدأ الثبوت بالكتابة بالبيئة أو بالقرائن . وهنا أيضاً يستبقى القاضي سلطته الكاملة في التقدير . فيسمع الشهود ، وقد يقتنع فتصح عنده الواقعة المدعى بها ، وقد لا يقتنع فيعتبر أن هذه الواقعة لم يقم عليها الدليل^(١) .

٢٢٢ — قرب الامتنال مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة

النقض : وتقدير ما إذا كان مبدأ الثبوت بالكتابة يجعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال مسألة واقع . ومحكمة الموضوع في تقديرها لهذه المسألة لا تخضع لرقابة محكمة النقض ، فلا يجوز الطعن في تقديرها أمام هذه المحكمة . وهذا هو الذي انعقد عليه الإجماع ، فقهاً وقضاءً ، في مصر وفي فرنسا^(٢) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٤ ص ٩٩٥ — على أن القاضي لا يكون مخطئاً إذا هو لم يحل الدعوى إلى التحقيق لاستكمال الدليل بالبيئة ما دام الخصم لم يطلب منه ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأن حكم محكمة الموضوع يكون على صواب إذا اعتبر أن الإيصالات ليست دليلاً كاملاً على التعاقد وأنها لا تعدو أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، وإذا قضى برفض دعوى الطاعن بناء على أنه لم يطلب إحالة الدعوى على التحقيق استكمالاً للإثبات (نقض مدني ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٢٠ ص ٢٦) .

(٢) تولييه ٩ فقرة ١٣٣ — ديرانتون ١٣ فقرة ٣٤٤ — بونيه ١ فقرة ١٧٠ — لارومبيير ٥ م ١٣٤٧ فقرة ٢٧ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٤ — ص ٣٦٥ — بودري وبارد ٤ ص ٢٩٢ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٤ ص ٩٩٤ — ص ٩٩٥ — نقض فرنسي ٢٠ يونيو سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠ — ١ — ٤٥١ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٢٢٩ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٤ — ١ — ٩٤ — ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٦ — ١ — ٣١٧ — دي هلتس ٣ الإثبات (Preuve) فقرة ٦٧ — الأستاذ عبد السلام ذهني ١ ص ٤٦٧ — ص ٤٦٨ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٤٥٤ — الموجز للمؤلف ص ٧١١ وص ٧١٣ هامش رقم ١ — الأستاذان حامد فهمي ومحمد حامد فهمي في النقض في المواد المدنية والتجارية ص ٢١٣ — ص ٢١٥ — وقد جاء فيه ما يأتي : « وإذا قلنا إن قاضي الدعوى حر في تقدير الورقة التي يراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من ناحية كونها تجعل الأمر المطلوب إثباته قريب الاحتمال والتصديق ، فإننا نوجب عليه أن يورد في أسباب حكمه الواقعة المراد إثباتها ونص جزء الورقة الذي يراد الاعتماد عليه في القول بأنها صارت قريبة الاحتمال والتصديق ، ثم يبين كيف أفادت هذا المعنى أو لم تفده ، فإن أتى في ذلك بما يكون معقولاً مقبولاً حمل التكييف على الصحة ، وإلا صار ما ادعى إفادته من الورقة كأنه منتزع من غير دليل قائم » .

فن الأركان الثلاثة لمبدأ الثبوت بالكتابة ، يكون الركنان الأولان — وجود ورقة وكونها صادرة من الخصم — من مسائل القانون ، فهما يخضعان لرقابة محكمة النقض . والركن الثالث — قرب الاحتمال — من مسائل الواقع ، لقاضى الموضوع فيها سلطان لامعقب عليه من المحكمة العليا .

٢٢٣ — ضوابط ثلاثة في تقدير قرب الاحتمال : ومن يستقرىء الفقه والقضاء يستطيع أن يستخلص ضوابط يستأنس بها في تقدير ما إذا كان مبدأ الثبوت بالكتابة من شأنه أن يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال . وهى ضوابط يستأنس بها قاضى الموضوع ، ولكنه غير مقيد بها قانوناً . وسواء اتبعها أو لم يتبعها ، فتقديره كما قدمنا غير خاضع لرقابة محكمة النقض (١) .

ذلك أن الورقة التى تقدم على اعتبار أنها مبدأ ثبوت بالكتابة يمكن أن ترد إلى أحد أنواع ثلاثة :

١ — ورقة كان من الممكن أن تكون دليلاً كتابياً كاملاً على الواقعة المراد إثباتها .

٢ — ورقة لم يكن ممكناً أن تكون دليلاً كتابياً كاملاً على الواقعة المراد إثباتها ، ولكنها تشير إلى هذه الواقعة .

٣ — ورقة لم يكن ممكناً أن تكون دليلاً كتابياً كاملاً على الواقعة المراد إثباتها ، ثم هى لا تشير إلى هذه الواقعة .

= نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ ص ٢٨٤ — ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٩ ص ٣١٧ — ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٦ ص ٤٤٥ — ١٨ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٨ ص ٥٦٦ — ٩ يونيه سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣٣ ص ٧٩٧ — ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٦ ص ٣٨٥ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٦ ص ٢٩٧ — استئناف مصر ٨ يونيه سنة ١٩٣٧ المحامة ١٨ رقم ١٢٠ ص ٢٢٨ .

انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٧ .

(١) حتى لو كان القانون هو الذى نص على جواز اعتبار ورقة معينة مبدأ ثبوت بالكتابة ، فى هذه الحالة أيضاً يكون لقاضى الموضوع سلطة تقديرية ، لا معقب عليها من محكمة النقض ، فى اعتبار الورقة أو فى عدم اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٥) .

٢٢٤ — ورقة لها من الممكن أن تكون دليلاً كتابياً

على الواقعة المراد إثباتها : وذلك كالأوراق الرسمية والأوراق العرفية وغيرها من الأوراق التي جعل لها القانون قوة معينة في الإثبات كدفاتر التجار والسجلات والأوراق المنزلية والرسائل .

وهذه أوراق في الأصل تكون دليلاً كتابياً كاملاً . فإذا نقصها شرط من الشروط التي تتطلبها القانون لم تعد تصلح أن تكون دليلاً كاملاً ، وانقلبت إلى مبدأ ثبوت بالكتابة ، إذ هي تذكر الواقعة المراد إثباتها ذكر الدليل الكامل ، فلا يكون هناك شك في أنها تجعل هذه الواقعة قريبة الاحتمال . وإذا فاتها أن تكون دليلاً كتابياً كاملاً لما اعتورها من النقص ، فإنها تصلح في القليل أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة .

فالورقة الرسمية إذا شابها عيب في الشكل ، ولم تصلح أن تكون ورقة عرفية ، فإنها تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة . مثل ذلك السند الرسمي الباطل غير الموقع عليه من ذي الشأن ، إذا كان عدم التوقيع راجعاً إلى جهل ذي الشأن الكتابة أو عدم استطاعته إياها أو رفضه للتوقيع ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك^(١) .

وصور الأوراق الرسمية التي لا تصلح دليلاً كاملاً طبقاً لأحكام القانون ، كالصورة الرسمية الأصلية إذا لم يكن مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل ، وصورة الصورة الأصلية إذا كانت الصورة الأصلية غير موجودة على رأي أشرنا إليه فيما تقدم ، تصلح في الغالب أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة على النحو الذي أسلفنا الإشارة إليه .

والورقة العرفية المكتوبة بخط المدين إذا لم تكن موقعة ، وثبت أن عدم التوقيع لا يرجع إلى رفض المدين لتوقيعها مما يجعلها في منزلة مشروع لم يتم ، تكون مبدأ ثبوت بالكتابة .

(١) قارن أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٠ وهاشم رقم ٤٥ .

وصور العقود المسجلة تكون مبدأ ثبوت بالكتابة على الوجه الذى ذكرناه فيما تقدم .

ودفاتر التجار ، حين تكون حجة على غير التجار فيما قام التجار بتوريده مع توجيه اليمين المتممة (م ٣٩٧ فقرة أولى) تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، أكمل هنا ، لا بالبينة ولا بالقرائن ، بل باليمين المتممة . وهذا وضع خاص نص عليه القانون .

والأوراق والسجلات المنزلية ، إذا كانت مكتوبة بخط صاحبها دون توقيع ، وفى غير الحالتين اللتين نص فيهما القانون على أن تكون دليلاً كاملاً (م ٣٩٨ : إذا ذكر أنه استوفى ديناً ، أو أن الورقة تقوم مقام السند) ، تكون مبدأ ثبوت بالكتابة على النحو الذى قدمناه .

والرسائل إذا كانت غير موقعة ، وكذلك الأصل غير الموقع من البرقيات ، تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة على التفصيل الذى أسلفنا ذكره (١) .

٢٢٥- ورقة لم يكن ممكناً أن تكون دليلاً كتابياً فأمروا على الواقعة

المراد إثباتها ولكنها تشير الى هذه الواقعة : وهذه الإشارة قد تكون إيجابية أو سلبية .

والأمثلة كثيرة على الإشارة الإيجابية . منها كتاب يرسله شخص إلى آخر ، يتكلم فيه عن بيع أو قرض أو أى عقد آخر ، فيكون هذا الكتاب مبدأ ثبوت بالكتابة ضد صاحبه على وقوع هذا العقد . وكتاب يرسله المدين ، يذكر فيه الدين الثابت فى ذمته دون أن يذكر مقداره وشروطه ، فيكون مبدأ ثبوت بالكتابة على هذا الدين (٢) . وكتاب يكتبه الدائن إلى ورثة مدينه ، يسألهم إذا كان فى أوراق مورثهم شئ يفيد براءة ذمته ، فإذا ما استوثق أن شيئاً من ذلك لا يوجد رفع الدعوى يطالب بالدين ، فيعتبر هذا الكتاب الذى أرسله الدائن إلى الورثة

(١) انظر فى القانون الفرنسى أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٠ .

(٢) الموجز للمؤلف ص ٧١٢ .

وأشار فيه إلى براءة ذمة المدين مبدأ ثبوت بالكتابة على هذه البراءة^(١).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الشهادة الرسمية المستخرجة من قلم العقود بالمحكمة المختلطة الدالة دلالة صريحة على أن هناك عقد بيع صدر من زيد لعمرى وأن البيع هو بضمن قدره كذا وأن زيدا الصادر منه البيع هو الذى قدم العقد بنفسه لإثبات تاريخه فأثبت بتاريخ كذا تحت رقم كذا وأن زيدا هذا هو هو بنفسه الذى تسلمه من قلم الكتاب بتاريخ كذا - هذه الشهادة مفادها أن بقلم العقود إيصالاً موقعاً عليه من زيد يفيد تسلمه لذلك العقد وأن هذا العقد صادر منه بالبيع لعمرى بمبلغ كذا . ولا شك في أن ذلك الإيصال المستفاد حتماً من عبارة الشهادة الرسمية التى هى في ذاتها حجة لم يطعن فيها بأى مطعن ، هو ورقة صادرة من زيد دالة على ما كان منه من البيع لعمرى بالثمن المذكور . وهذا الإيصال وإن كان لا يفيد قطعاً أن الثمن الوارد بعقد البيع الذى تسلمه زيد قد دفعه عمرى له فعلاً أو أنه كان ثمناً مؤجلاً ، إلا أن جريان العادة الغالبة بأن المشتري يدفع الثمن ، ذلك يقرب الاحتمال بأن هذا الثمن دفع فعلاً . وإذن فهذا الإيصال المدلول عليه حتماً بتلك الشهادة الرسمية هو مبدأ ثبوت بالكتابة يقرب احتمال صحة تسلم زيد لمبلغ الثمن ، ويجوز بحسب القانون تكميل الاستدلال بالبيئة والقرائن (نقض مدنى ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٠ ص ٦٥٣ — قارن استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٧) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه لا محل للنعى على المحكمة أنها خالفت القانون في تكييف العقد ، وأثبتت الصورية بين المتعاقدين بالقرائن ، إذ هى في تكييفه قد اعتمدت على عقد التنازل عن حق المنفعة والتعهد بعدم التصرف في العين طول حياة البائعة ، مما مفاده أنها اعتمدت على مبدأ ثبوت بالكتابة استكملته بالقرائن التى ساقها والتى من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها (نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥ ص ١٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا قدرت نفقة زوجة على زوجها بمبلغ معين (عشرين جنيهاً) بمقتضى محضر صلح حرر بينهما ، ثم استظهرت المحكمة من وقائع الدعوى المرفوعة من الزوجة في شأن هذه النفقة أن الزوجة قبلت أن تقبض من زوجها مبلغ ستة جنيهات شهرياً ، وأنها كانت تقبض هذا المبلغ كل شهر حوالى خمس سنوات بمقتضى شيكات محولة لأمرها وإذنها ، وأنها لم تعترض بأى اعتراض خلال هذه المدة ، وإنما كان اعتراضها بعد وفاة الزوج ، وبناء على ذلك قضت المحكمة برفض طلب ما تجمد من النفقة ، فإنها لا تكون اعتمدت على القرائن فحسب بل أيضاً على الشيكات التى وقعتها الزوجة حين قبضت قيمتها ، مما مفاده أن المحكمة اعتمدت على مبدأ ثبوت بالكتابة استكملته بتلك القرائن (نقض مدنى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦ ص ٢١) . وقضت أيضاً بأنه متى كان الحكم التمهيدى لم يفصل إلا في جواز إثبات الشركة التى كان الطاعن يدعى وجودها استناداً إلى أن الإنذارات المتبادلة بينه وبين المطعون عليه تدل على وجود علاقة بينهما اعتبرتها المحكمة مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز سماع البيئة المثمة له ، ولم تقطع في ماهية هذه العلاقة ، وكان الحكم القطعى قد فصل في أمرها بعد مناقشته شهادة الشهود وتقديرها ، إذ نرى ما يدعى الطاعن من وجود الشركة المزعومة بينه وبين المطعون عليه ، فإن الطعن في هذا الحكم الأخير استناداً إلى وجود تناقض بين أسبابه ومنطوقه فضلاً عن مخالفته لقضاء الحكم التمهيدى - هذا الطعن يكون غير صحيح (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ =

أما أن تشير الورقة إلى الواقعة المراد إثباتها إشارة سلبية فذلك يتحقق على أحد وجهين :

(= رقم ٦٤ ص ٣٣٦) — وقضت كذلك بأنه لا تثريب على المحكمة إن هي اتخذت من الخطابات الصادرة من مورثة الخصوم إلى مستأجر أطيان الروكية التي كانت تقوم بإدارتها ، لا سيما الخطاب الذي تطالب فيه المستأجر المذكور بمبلغ سبق أن طالبت به في خطاب سابق لحاجتها الشديدة إليه في العمارة — لا تثريب على المحكمة إن هي اتخذت منها مبدأ ثبوت بالكتابة يقرب احتمال أن المال الذي أنفق في شراء الأرض وبناء العمارة التي يدعى الطاعن أنها كانت مملوكة للمورثة إنما كان من مال الروكية ولحسابها . ومتى كانت المحكمة قد استكملت مبدأ الثبوت هذا بقرائن عديدة ساقتها ومن شأنها أن تؤدي إلى ما استخلصته منها ، فإن حكمها يكون مطابقاً للقانون (نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٦ ص ٣٤٦) .

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا أقر وكيل الخصوم في مذكرة تقدمت أثناء نظر الدعوى بوجود علاقة خطبة بين موكله وبين كريمة خصمه وأنه دفع لها مهرأ ، فإن هذا الإقرار الذي تضمنته المذكرة التي تعتبر قانوناً كأنها صادرة منه ، وإن لم يثبت دعوى الخصم بملكيتها للجهاز موضوع النزاع ، إلا أنه ينم عن صحة الادعاء ويجعله قريب الاحتمال ، فتكون المذكرة بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة يسمح بتكملة الإثبات بالبيئة وقرائن الأحوال (استئناف مصر ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١١٥) — وقضت أيضاً بأنه إذا رفع أخ ضد أخيه دعوى بمطالبتة بمصروفات دعوى كانت مرفوعة منه لصالحهما معاً وبناء على عقد اتفاق محرر بينهما ، فأبرز المدعى عليه جملة خطابات صادرة من أخيه المدعى يفيد بعضها قيامه بدفع بعض هذه المصروفات والبعض الآخر بمطالبتة بكاملة رسوم استئناف وخلافه ، واعتبرت هذه الأوراق مبدأ ثبوت بالكتابة للتخلص من الدين (استئناف مصر ٢٥ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١١٩ ص ٢٢٧) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الإيصال الذي يصدر من البائع يبين فيه اتفاق الطرفين على موقع العقار وعلى الثمن ، دون أن يذكر حدود العقار ومساحته ، يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة على حصول البيع ، ويجوز إثبات الحدود والمساحة بالبيئة والقرائن (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٨٩) . وقضت أيضاً بأن الكتاب المرسل من المؤجر إلى المستأجر يجعل له فيه حق شراء العين المؤجرة ، بشرط الاتفاق على شروط البيع في ميعاد معين ، يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة على وقوع البيع شفويّاً في هذا الميعاد بضمن يدفع عند توقيع العقد (استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٠٩) . وقضت أيضاً بأن الورقة التي تثبت بيعاً يختلف كل الاختلاف عن البيع المدعى به لا تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة على هذا البيع ، لا سيما أنه لا يمكن إثبات ما يخالف البيع المكتوب بالبيئة أو بالقرائن (استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٨) .

انظر أيضاً : الموجز للمؤلف ص ٧١٢ هامش رقم ١ في الأحكام المشار إليها — بودري وبارد ٤ ص ٢٨٨ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٢ — ص ٣٦٣ .

(أ) إما بأن تثبت الورقة واقعة هي عكس الواقعة المراد إثباتها تماماً ، ثم يتبين بعد ذلك تزوير الورقة ، فتنتفي هذه الواقعة العكسية وتصبح الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال . مثل ذلك أن يطالب الدائن مدينه بالدين وليس مع الدائن سند مكتوب ، فيبرز المدين مخالصة مزورة ، فتكون هذه المخالصة بعد أن ثبت تزويرها مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات الدين^(١) . ومثل ذلك أيضاً أن يثبت أن تاريخ الورقة مزور وأن التاريخ الصحيح هو ما قرره من ادعى التزوير ، فإن ذلك يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات صحة ما يذهب إليه مدعى التزوير ، إذ أن عكسه قد ثبت تزويره ، فأصبح ما يذهب إليه قريب الاحتمال^(٢) .

(ب) وإما أن تكون الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من شأنها في الأصل أن تثبت واقعة متنازعا عليها ، فإذا هي لم تثبت كان في ذلك إشارة سلبية إلى أن هذه الواقعة غير صحيحة . مثل ذلك أن تجرد المدين الميت بحضور دائته ولم يذكر الدين في محضر الجرد ، فخلو المحضر من ذكر هذا الدين مع حضور الدائن وقت الجرد قد يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة على الوفاء ، إذ لو كان الدين لا يزال في ذمة المدين لما خلا منه محضر الجرد^(٣) . ومثل ذلك أيضاً أن يتمسك المدين بأن الدائن أبرأه من الدين ، ويحتج بأن ورثة الدائن بعد موته ، وهم يعلمون بالدين وحقيقة الإبراء منه ، قد اقتسموا التركة ولم يذكروا شيئاً في عقد القسمة عن هذا الدين ، فيعتبر عدم التنويه عنه في عقد القسمة مبدأ ثبوت بالكتابة على صحة الإبراء^(٤) .

(١) الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ١ ص ٤٧٣ .

(٢) نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٠ ص ٧٥١ - كذلك قيام تعارض بين ورقة عرفية وورقة رسمية يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة (استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٣) .

(٣) الموجز للمؤلف ص ٧١٣ .

(٤) نقض فرنسي ١٨ يناير سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤-١-٢٩٥ - أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٤ - الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ١ ص ٤٧٢ - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٤٥٦ .

وقد قضت محكمة النقض في مصر بأنه متى كان الحكم الابتدائي قد قضى بالزام الطاعن بمبلغ مقابل ثمن أطيان كلف ببيعها من مورث المطعون عليهم ، وكان الطاعن قد تمسك في دفاعه لدى محكمة الاستئناف بأنه أوفى ثمن هذه الأطيان للمورث المذكور ، مستنداً إلى محضري صلح موقع =

وسواء كانت الإشارة إيجابية أو سلبية ، فقد قدمنا أنه يجب لا اعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة أن يكون من شأنها جعل الواقعة المراد إثباتها مرجحة الحصول ، لا محتملة فحسب . فالاتفاق المكتوب ما بين شخصين على جواز إثبات العقود المبرمة بينهما بالبينة لا يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات عقد أبرم بعد هذا الاتفاق ، إذ أن هذا الاتفاق المكتوب ليس من شأنه أن يجعل العقد المدعى به مرجح الحصول ، ولا يزيد على أن يجعله محتملاً (١) .

٢٢٦ — ورقة لم يكن ممكناً أن تكون دليلاً كتابياً على الواقعة

المراد إثباتها ثم هي لا تشير إلى هذه الواقعة : ويبدو لأول وهلة أن مثل هذه الورقة لا تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، لأنه يبعد أن يكون من شأنها أن تجعل واقعة لا تشير إليها بتاتاً — لا إيجاباً ولا سلباً — مرجحة الحصول . ولكن يقع مع ذلك ، في بعض الأحوال الاستثنائية ، أن مثل هذه الورقة تثبت واقعة أخرى لها ارتباط بالواقعة المراد إثباتها ، ويكون ثبوت هذه الواقعة الأخرى من شأنه أن يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال . فينتقل الإثبات بذلك من محل إلى آخر ،

= عليهما من المورث باعتبارهما ورقتين صادرتين من خصمه في تاريخ لاحق لتاريخ بيع الأطيان لم ينص فيهما على مديونية للمورث بأي التزام ، لا بصفته الشخصية ولا بصفته وكيلًا عنه ، وأنهما يصلحان لأن يكونا مبدأ ثبوت بالكتابة يجعلان دفاعه بعدم مديونية في ثمن الأطيان قريب الاحتمال ، وطلب إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات هذا الدفاع ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أغفل الرد على هذا الطلب يكون قد عاره قصور مبطل له بما يستوجب نقضه في هذا الخصوص (نقض مدني ٩ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢١ ص ٨٤٨) — وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا لم تذكر الورثة في محضر جرد أموال مورثهم ديناً من الديون ، فإن هذا يصح اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة للتخلص من هذا الدين (استئناف مصر ٨ يولية سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٩ ص ١٩٥) .

(١) محكمة كان الاستئنافية (فرنسا) ٣٠ أبريل سنة ١٨٦٠ دالوز ٦١ — ٢ — ٣٦ — دالوز پراتيك ٩ لفظ إثبات (Preuve) فقرة ١٢١٠ — وقد قضت محكمة النقض بمصر بأنه ليس لمن يدعى صورية الشركة التي بين شخص وآخرين أن يتخذ هذه الصورية مبدأ ثبوت بالكتابة يجوز له أن يثبت بالبينة والقرائن الشركة التي يدعى قيامها بينه وبين هذا الشخص ، لأن تلك الصورية ليس من شأنها — حتى لو صحت — أن تجعل الشركة التي يدعى قريبة الاحتمال (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣١ ص ٦١٤) .

وهذا ما عرفناه بتبدل محل الإثبات أو تحوله (déplacement de preuve) .
ويتحقق ذلك في الأمثلة الآتية :

١ — رفع شخص على آخر دعوى الدين ، فقدم المدعى عليه ورقة تفيد أن المدعى مدين له بعد تاريخ استحقاق الدين المدعى به . فهذه الورقة تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة على وفاء الدين المدعى به . ذلك أن المدين لا يبدأ في العادة أن يكون دائناً لدائنه إلا بعد أن يوفيه الدين الذى عليه . فالورقة تثبت واقعة مديونية الدائن للمدين . والواقعة المراد إثباتها هي وفاء المدين الدين لدائنه . وثبوت الواقعة الأولى يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال^(١) .

٢ — إذا قرر الدائن المرتهن شطب الرهن ، فإن هذا التقرير يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة على وفاء الدين المضمون بالرهن . ذلك أن الدائن المرتهن لا يرضى عادة بشطب الرهن قبل أن يستوفى حقه . وتقرير الدائن لشطب الرهن ورقة تثبت رضا الدائن بهذا الشطب . والواقعة المراد إثباتها هي وفاء الدين المضمون بالرهن . وثبوت الواقعة الأولى يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال .

٣ — قضت دائرة النقض الجنائية^(٢) بأنه إذا أخذ أحد ضباط القرعة قيمة البديل العسكرى من والد أحد المقترعين وبددها ، وزور شهادة معافاة باسم المقترح المذكور ، فإن هذه الشهادة المزورة تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة إلى تسلم المبلغ . ذلك أن شهادة المعافاة المزورة تثبت أن قيمة البديل العسكرى

(١) جرجا ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٦ المحامة ٨ رقم ٣٨٢ ص ٥٨٥ . وقد رأينا أن محكمة النقض قد قضت بأن الرسائل الصادرة من الدائنة إلى مدينها تستجديه فيها وتشكر له إحسانه عليها دليل كتابى كاف فى نفي وجود قرض حقيقى (نقض مدنى ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ١ ص ١٢) .

ويقرب من هذا ، قبل التقنين المدنى الجديد ، الإيصال بالقسط الأخير من الإيجار ، فقد كان يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة على دفع الأقساط السابقة ، لأن المؤجر لا يعطى عادة مخالصة عن القسط الأخير إلا بعد أن يكون قد استوفى الأقساط السابقة ، فواقعة دفع القسط الأخير التى يشتمها الإيصال تجعل واقعة دفع الأقساط السابقة قريبة الاحتمال (نقض مدنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٤ ص ٧٢١) . ولكن التقنين الجديد (م ٥٨٧) جعل الوفاء بالقسط الأخير قرينة قانونية على الوفاء بالأقساط السابقة ، وهى قرينة تقبل إثبات العكس .

(٢) ٧ يناير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٣ ص ٤ .

لم يسدد لخزانة الحكومة . وهذه الواقعة تجعل واقعة تسلم الضابط للبدل وتبديده إياه قريبة الاحتمال (١) .

(١) أراد المتهم أن يخفى اختلاسه لمبلغ عشرين جنيهاً سلمه إليه أحد المقترعين قيمة البدل العسكري ، فزور شهادة معافاة من الخدمة العسكرية لهذا المقترح . وقد قضت المحكمة بأنه يجوز إثبات دفع المبلغ للمتهم بالبينة ، لأن شهادة المعافاة المزورة تصلح أن تكون مبدءاً ثبوت بالكتابة ضده .

وقضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع هو أن الطاعن أقام الدعوى على المطعون عليهم ، وطلب الحكم بإلزامهم بمبلغ معين بموجب سند ذكر فيه أن هذا المبلغ سلم لهم على سبيل القرض ، فدفع المطعون عليهم الدعوى بأن المبلغ المطالب به ليس قرضاً ، وإنما هو ثمن حصة في (ما كينة) اشتروها من الطاعن بموجب عقد بيع محرر في تاريخ تحرير السند ، وكان الحكم المطعون فيه إذ اعتبر عقد البيع مبدءاً ثبوت بالكتابة يجوز للمطعون عليهم تسكلة إثبات دفاعهم بالبينة قد قرر أن هذا العقد هو ورقة صادرة من الطاعن ومحررة مع السند موضوع الدعوى في مجلس واحد ، علاوة على اتحادهما في خط الكاتب لهما والشهود الموقعين عليهما والمداد المحررين به ، كما أنه يستبعد أن يشتري المطعون عليهم حصة الطاعن في الماكينة وأن يدفعوا إليه الثمن ويقترضوا في نفس مجلس العقد المبلغ المحرر به السند ، إذ قرر الحكم ذلك فإنه لا يخالف القانون (نقض مدني ٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٨٧ ص ٥٧٠) — وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا ذكر في عقد بيع عقار أن البائع يملكه بناء على عقد آخر تاريخه كذا صادر من زيد من الناس ، وكان على العقار حقوق ارتفاق أو قيود للملك مبينة في هذا العقد ، عد هذا الذكر مبدءاً ثبوت بالكتابة لإثبات علم المشتري بوجود حقوق الارتفاق المذكورة في عقد شراء بائعه ، وحينئذ يسوغ للمحكمة قبول الإثبات بالقرائن ، ويمكنها بما لها من السلطة المطلقة في هذه الحالة أن توجه اليقين المتضمنة للمشتري بأنه لم يطلع على عقد شراء بائعه المذكور في عقده ولا علم له بحقوق الارتفاق والقيود الموجودة في العقد الأول (استئناف أهلي ٨ ديسمبر سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ٢٣٧ — قارن : استئناف أهلي ٨ مارس سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ ص ٦) — وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا رفعت امرأة دعوى ضد شخص تطالب بمبالغ بدعوى أنه اقترضها منها ، وظهر من مجموعة المراسلات المتبادلة بينهما وبينه في وقت معاصر لتاريخ تحرير السندات أو لاحق أن هناك ما يحمل على الظن بوجود علاقات غير شريفة بينهما حررت من أجلها السندات ، وبأن الدائنة كانت تعيش هي وابنتها في كنف المدين الذي كان يعطيها من وقت لآخر ما تجود به نفسه ، حتى أنهما كانا يستجديانه جنيهاً واحداً في بعض الأحوال ، مما يدل على أنها كانت في حالة فقر لا تسمح لها بأن تقرضه نحو ثلثمائة جنية ، كان هذا قاطعاً في نفي وجود علاقة قرض حقيقي ، وتكون السندات خالية من السبب القانوني وباطلة (استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٤ ص ٦٩) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كفل شخص مفلساً في الصلح الذي عقده مع دائنيه ، ثم فتح له حساباً جارياً كما تفتح الحسابات الجارية ما بين بيتين من بيوت التجارة مستقلين تمام الاستقلال كل منهما عن الآخر ، فإن فتح هذا الحساب يصلح مبدءاً ثبوت بالكتابة ، يجوز =

المطلب الثاني

قيام المانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها

٢٢٧ — النصوص القانونية : تنص المادة ٤٠٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يجوز أيضاً الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة : »

« (أ) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي .

« (ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٢١٥/٢٨٠ و ٢١٨/٢٨٣ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري

المادة ٥٧ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٩١ ، وفي تقنين أصول المحاكمات

= استكماله بالبينة والقرائن ، على أنه — خلافاً لما جاء في شروط الصلح من أن المفلس قد نزل لكفيله عما له من الحقوق — قد تم اتفاق بينهما على ترك المفلس على رأس عمله يباشر تجارته (استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٤١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ويجوز أيضاً الإثبات بالبينة : (أ) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي (ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه (ج) إذا طعن في العقد بأن له سبباً غير مشروع » . وفي لجنة المراجعة أضيفت عبارة « فيما كان يجب إثباته بالكتابة » في صدر المادة لتجعل المعنى أدق ، ونقل البند (ج) : « إذا طعن في العقد بأن له سبباً غير مشروع » إلى مكان آخر (السبب غير المشروع ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك) . وأصبح النص هو المادة ٤١٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٣ ، فجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٠ و ص ٤١٤ — ص ٤١٥) .

(٢) كانت المادة ٢١٥/٢٨٠ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتى : « في جميع المواد ما عدا التجارية إذا كان المدعى به عبارة عن نقود أو أوراق تزيد قيمتها عن ألف قرش ديواني أو غير مقدرة ، فالأخصام الذين لم يكن لهم مانع من الاستحصال على كتابة مثبتة للدين أو للبراءة لا يقبل منهم الإثبات بالبينة ولا بقرائن الأحوال » . وكانت المادة ٢١٨/٢٨٣ تنص على ما يأتي : « وكذلك يجوز الإثبات بما ذكر إذا وجد دليل قطعي على ضياع السند بسبب قهرى » . ونرى من ذلك أن الحكم واحد في المسألتين في التقنينين الجديد والقديم .

المدنية اللبناني المادة ٢٤٢ ، وفي التقنين الليبي المادة ٣٩١ (١) .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٤٨ (٢) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ٥٧ : يجوز الإثبات بالشهادة في الالتزامات التعاقدية حتى لو كان المطلوب تزيد قيمته على مائة ليرة : (١) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي — يعتبر مانعاً مادياً ألا يوجد من يستطيع كتابة السند أو أن يكون طالب الإثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً في العقد . يعتبر مانعاً أدبياً القرابة بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الثالثة أو ما بين أحد الزوجين وأبوى الزوج الآخر . (ب) إذا فقد الدائن سنده المكتوب لسبب لا يد له فيه . (ج) إذا طعن في العقد بأنه ممنوع بالقانون أو يخالف للنظام العام أو الآداب . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري ، غير أن قانون البينات السوري حدد بعض أحوال المانع المادي والمانع الأدبي ، وأضاف النص على جواز الإثبات بالبينة وبالقرائن في حالة الاحتيال على القانون ، وقد تقدم بيان حكمها) .

التقنين المدني العراقي م ٤٩١ : يجوز أيضاً الإثبات بالشهادة فيما كان يجب إثباته بالكتابة : (١) إذا وجد مانع مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي . ويعتبر مانعاً مادياً ألا يوجد من لا يستطيع كتابة السند . (ب) إذا كان العقد مبرماً ما بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الرابعة أو ما بين أحد الزوجين وأبوى الزوج الآخر . (ج) إذا فقد الدائن مستنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه . (و الأحكام تكاد تكون واحدة في التقنين العراقي والتقنين المصري ، غير أن التقنين العراقي حدد أحد الموانع المادية ، وحصر الموانع الأدبية في الزوجية والقرابة) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٤٢ : تقبل البينة الشخصية . . . (٤) إذا استحال على الدائن الحصول على بيئة خطية . ويكتفى بمجرد الاستحالة المعنوية ، وهي تنشأ خصوصاً عن العرف المتبع في بعض المهن ، أو علاقات القربى بين الأصول والفروع أو عن الروابط الزوجية (٥) إذا أثبت الدائن فقدان السند بطارئ ما . (و الأحكام واحدة في التقنينين المصري واللبناني ، إلا أن التقنين اللبناني حدد أهم أحوال المانع الأدبي) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٣٩١ : مطابق لنص التقنين المدني المصري .

(٢) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٤٨ : ويستثنى من القاعدتين (ضرورة الدليل الكتابي) أيضاً جميع الحالات التي لم يكن الدائن يستطيع فيها الحصول على دليل كتابي للالتزام المعقود له . وهذا الاستثناء الثاني يسرى : (١) على الالتزامات التي تنشأ من شبه عقد أو من جريمة أو من شبه جريمة . (٢) على الودائع الاضطرارية التي تقع في حالات الحريق والتهدم والاضطرابات والفرق ، وفي الودائع الاضطرارية للزلاء في الفنادق التي ينزلون فيها ، وهذا كله وفقاً لصفة الشخص ولظروف الواقع . (٣) في الالتزامات المعقودة عند نزول أحداث غير منظورة لم يكن يستطيع معها كتابة ورقة . (٤) في حالة ما إذا فقد الدائن السند الذي كان يستخدمه دليلاً كتابياً بسبب حادث فجائي لم يكن منظوراً وترتب على قوة قاهرة .

ويتبين من نص التقنين المدني المصري أنه جمع بين حالتين تتميز إحداها عن الأخرى ، وإن كانتا تشتركان من ناحية قيام المانع في كل منهما :

- (١) حالة قيام المانع من الحصول على الكتابة .
- (٢) حالة قيام المانع من تقديم الكتابة بعد الحصول عليها ، وذلك لفقدائها بسبب أجنبي .

§ ١ — قيام المانع من الحصول على الكتابة

٢٢٨ — المانع المادى والمانع الأدبى : إذا وجد مانع من الحصول على الكتابة لإثبات تصرف قانونى كان الواجب إثباته بالدليل الكتابى ، فلا مناص من النزول عند حكم الضرورة ، والسماح بالبينة والقرائن محل محل الكتابة في إثبات هذا التصرف . والمانع ، وفقاً لنص المادة ٤٠٣ (بند ١) إما أن يكون مانعاً مادياً أو مانعاً أدبياً .

وفي الحالتين — قيام المانع المادى أو قيام المانع الأدبى — يجوز الإثبات بالبينة والقرائن : (١) فيما تزيد قيمته على عشرة جنيهات . (٢) فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها . (٣) في كل عقد يتطلب القانون أن يكون إثباته بالكتابة ولو لم ترد قيمته على عشرة جنيهات ، كالصلح والكفالة . أما العقد الشكلى الذى لا ينعقد إلا بورقة رسمية ، كالهبة والرهن الرسمى ، فلا يثبت ، بل لا يوجد ، بغير هذه الورقة الرسمية . وقد مر بيان ذلك عند الكلام في مبدأ الثبوت بالكتابة .

= Art. 1348 : Elles reçoivent encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui. Cette seconde exception s'applique :
1° Aux obligations qui naissent des quasi - contrats et des délits ou quasi-délits. — 2° Aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, et à ceux faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait. — 3° Aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit. — 4° Au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure.

والبيئة والقرائن ، في الصور الثلاث المتقدم ذكرها ، لا تكمل الدليل الكتابي - كما كان الأمر في مبدأ الثبوت بالكتابة - بل تحمل محل هذا الدليل لقيام الضرورة^(١) .

والمانع ، مادياً كان أو أدبياً ، واقعة مادية يكلف باثباتها الخصم الذى يدعيها ، وله أن يثبتها بالبيئة والقرائن . فيجب إذن على الخصم أن يثبت أولاً قيام المانع ، ثم يثبت بعد ذلك التصرف القانونى المدعى ، ويثبت هذا وذاك بجميع الطرق^(٢) .

وأياً كان المانع ، مادياً أو أدبياً ، فإن تقديره موكل إلى قاضى الموضوع . وهو لا يخضع فى ذلك إلى رقابة محكمة النقض ، مادام يورد فى أسباب حكمه الواقعة التى اعتبرها مانعاً ، ويبين لماذا أضنى عليها هذا الاعتبار . فإن أتى فى ذلك بما هو مستساغ معقول ، حمل تكييفه على الصحة ، وإلا صار ما اعتبره من ذلك كأنه منتزع من غير دليل^(٣) .

ونستعرض الآن كلا من المانعين : المانع المادى والمانع الأدبى .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « والبيئة فى هذه الأحوال لا تكمل الدليل الكتابى ، بل تحمل محله بعد أن فقد واستحال تحصيله . والواقع أن وجوب الإثبات بالكتابة يفترض إمكان الحصول على الدليل الكتابى ، فإذا حالت ظروف خاصة دون ذلك تحم الاستثناء إذ لا قبل لأحد بالمستحيل . ويراعى من ناحية أخرى أن هذا النص يرمى إلى استبدال البيئة بالدليل الكتابى ، فهو والحال هذه لا يطبق حيث تكون الكتابة شرطاً يترتب على تخلفه بطلان التصرف ، بل يطبق فى الأحوال الخاصة التى يتطلب فيها القانون الدليل الكتابى للاثبات ولو كانت القيمة أقل من عشرة جنيهات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١١) .

(٢) استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٠ - ١٢ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٩٣ - ١٣ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٦ .

(٣) نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٦ ص ٥٥٠ - ٦ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦٤ ص ٦٩٧ - استئناف مصر ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٧٦ . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وإذا كان القاضى هو المرجع فى تقدير الظروف المانعة ، إلا أن من واجبه أن يبين هذه الظروف عند تسبيب الاستحالة المادية . أما الاستحالة المعنوية التى تحول دون الحصول على كتابة فلا ترجع إلى ظروف مادية ، بل ترجع إلى ظروف نفسية ، وهى تعقد بعلاقات الخصوم وقت انعقاد التصرف . ومرجع الأمر فى تقدير هذه الاستحالة ، مع ما ينطوى فى هذا التقدير من دقة ، هو القاضى ، ولكن يتعين عليه أن يسبب تقديره (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٣) .

١ - المانع المادى

٢٢٩ - **أُسرة على المانع المادى** : لم يورد التقنين المدنى الجديد ، ولا التقنين المدنى السابق ، أمثلة على المانع ، مادياً كان أو أدبياً ، كما فعلت بعض التقنينات الأخرى . ونورد هنا بعض ما أورده هذه التقنينات ، وما أخذ به القضاء والفقه من حالات المانع المادى .

فقد نص التقنين المدنى الفرنسى (م ١٣٤٨) على بعض هذه الحالات على سبيل التمثيل . فذكر : (١) الالتزامات التى تنشأ من شبه العقد أو الجريمة أو شبه الجريمة . (٢) الوديعة الاضطرارية التى تقع فى حالات الحريق والتهدم والاضطرابات والغرق ، وكذلك وديعة النزىل فى الفندق ، وذلك كله وفقاً لصفة الشخص ولظروف الواقع . (٣) الالتزامات المعقودة عند نزول أحداث غير منظورة لم يكن يستطيع معها كتابة ورقة .

ونص قانون البينات السورى (م ٥٧) على حالتين : (١) ألا يوجد من يستطيع كتابة السند (٢) أن يكون طالب الإثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً فى العقد .

ونص التقنين المدنى العراقى (م ٤٩١) على حالة واحدة هى ألا يوجد من يستطيع كتابة السند .

وبضيف الفقه والقضاء حالات أخرى . منها عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال . ومنها الاحتيال على القانون ، والسبب غير المشروع . ومنها الصورية بالنسبة إلى الغير وفيما بين المتعاقدين . ومنها ما جرت العادة أن يعتبر الحصول على دليل كتابى فيه متعذراً .

وننبه بادىء ذى بدء إلى أن هذا كله لم يذكر على سبيل الحصر ، بل على سبيل التمثيل . فيجوز أن توجد إلى جانب هذه الحالات حالات أخرى يقوم فيها المانع المادى من الحصول على دليل كتابى ، بل قد تجد حالات لم تكن موجودة من قبل .

ونقتصر هنا على تنسيق الأمثلة التي قدمناها وترتيبها ، حتى تتحدد من وراء ذلك فكرة المانع المادى .

ويمكن تقسيم ما قدمناه من الحالات إلى طوائف ست : (١) الالتزامات التي تنشأ من مصدر غير عقدى ، وعيوب الإرادة . والذي يجمع بين هذه الحالات أنها جميعها فى الواقع من الأمر ليست تصرفات قانونية ، بل هى وقائع مادية ، فهى ليست استثناء من قاعدة وجوب الدليل الكتابى . (٢) أن يكون طالب الإثبات غير طرف فى التصرف القانونى وما يتصل بذلك من الصورية . (٣) الاحتيال على القانون والسبب غير المشروع . (٤) الودائع الاضطرارية ، ويلحق بها ، بالنسبة إلى البلاد التي لم تنتشر فيها الكتابة انتشاراً كافياً ، ألا يوجد من يستطيع كتابة السند . (٥) الأحداث غير المنظورة بوجه عام . (٦) ما جرت به العادة .

٢٣٠ - الالتزامات غير العقدية وعيوب الإرادة : يذكر التقنين

المدنى الفرنسى (م ١٣٤٨) بين حالات المانع المادى مصادر الالتزامات غير العقدية ، ويعدددها على الوجه الذى اختاره فى ترتيب هذه المصادر : شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة . ونلاحظ فى هذا الصدد أمرين : (أولاً) لو فرضنا جدلاً أن مصادر الالتزام غير العقدى تصرفات قانونية ، فإن المانع هنا من الكتابة ليس مانعاً خاصاً فى حالة بالذات ، بل هو مانع عام فى جميع هذه الحالات دون تمييز ما بين حالة وحالة . وعندنا أن المقصود بقيام المانع أن يكون هذا المانع ذاتياً يقوم فى حالة بالذات ، لا أن يكون مانعاً موضوعياً يقوم بالنسبة إلى طائفة من الحالات فى جميع أفرادها^(١) . (ثانياً) وقبل ذلك ، يجب أن يلاحظ أن المصادر غير العقدية للالتزام ليست تصرفات قانونية إطلاقاً بل هى وقائع مادية . وقد رأينا أن الدليل الكتابى إنما وضع للتصرفات القانونية دون الوقائع

(١) قارن أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٦٦ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٩ ص ٩٩٨ - وما يؤيد النظر الذى نذهب إليه ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « أما فيما يتعلق بخصائص الاستحالة ، فيراعى أن الاستثناء يرد على قاعدة حظر الإثبات بالبيئة . وهذه القاعدة تطبق بشأن التصرفات القانونية دون الوقائع القانونية . ويستخلص من ذلك أن هذا الاستثناء لا يطبق إلا على التصرفات القانونية ، وهى التى تنفرد بوجوب استعمال =

المادية ، أما هذه فالأصل فيها أن يكون إثباتها بجميع الطرق ، ويدخل في ذلك البيئة والقرائن والمعاينة كما قدمنا . فلم يكن التقنين المدني الفرنسي في أية حاجة إلى استثناء المصادر غير العقدية من قاعدة وجوب الإثبات بالدليل الكتابي ، فهي في الأصل لم تدخل في هذه القاعدة حتى تستثنى منها . وقد أخطأ التقنين الفرنسي في إيراد هذا الاستثناء الظاهري ، وأحسن التقنين المصري في تجنب متابعته في هذا الخطأ (١) .

وإذا رتبنا مصادر الالتزام غير العقدية الترتيب الحديث ، وقلنا إنها العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون ، وجدنا أن العمل غير المشروع يكون دائماً عملاً مادياً له أركان ثلاثة ، هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية ، وكل ركن من هذه يعتبر واقعة مادية يجوز إثباتها بالبيئة والقرائن . على أن هناك أعمالاً غير مشروعة تقوم على أساس عقود مدنية ، كجريمة التبيد فهذه يجب في إثباتها إثبات العقد المدني الذي تقوم عليه ، ولا بد في إثبات العقد المدني من مراعاة

= الكتابة في إثباتها . ويتفرع على هذا ما يأتي : (أ) أن استحالة الحصول على دليل كتابي في هذه الحالة ليست مطلقة ، بل هي نسبية عارضة . (ب) أن الاستحالة لا ترجع إلى طبيعة الواقع خلافاً لما نصت عليه المادة ١٩٤٠ من التقنين الهولندي ، بل ترجع على وجه الأفراد إلى الظروف الخاصة التي انعقد فيها التصرف . (ج) أن الاستثناء لا يتعلق بالوقائع القانونية التي يمتنع فيها على وجه الإطلاق الحصول على دليل كتابي . وقد أخطأ التقنين الفرنسي والتقنين الإيطالي (م ١٣٤٨) في إيراد « الالتزامات الناشئة عن أشباه العقود والجنح وأشباه الجنح » في معرض التمثيل للاستحالة النسبية التي تحول دون الحصول على دليل كتابي . لأن أشباه العقود والجنح وأشباه الجنح تدخل في عداد الوقائع القانونية التي لا يسرى بشأنها تقييد الإثبات بالبيئة ، بل البيئة بالنسبة لها جائزة على وجه الدوام ، شأنها من هذا الوجه شأن وقائع التدليس والغش والصورية والربا .. وقد أحسن التقنين المصري (م ٢٨٠/٢١٥) والمشروع الفرنسي الإيطالي بإغفال الأمثلة التي تضمنتها التقنينات المختلفة في هذا الشأن (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١١ - ص ٤١٢) - انظر أيضاً الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢١٠ .

(١) وتقول الأساتذة بلانيول وريبير وجابولد في هذا المعنى : « تذكر المسادة ١٣٤٨ من التقنين المدني ، كأول تطبيق ، الالتزامات التي تنشأ من شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة . ولكن لا يوجد هنا إلا وقائع لا تسرى في شأنها القواعد الخاصة بتقييد الإثبات بالبيئة ، إذ المطلوب إثباته إنما هو واقعة مادية . فالاستثناء إذن ليس إلا استثناء ظاهرياً محضاً ، وهو خطأ حقيقي في الصياغة » (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٥ ص ٩٩٦) - قارن أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٦٧ - ص ٣٧٠ .

قواعد الإثبات المتعلقة بالتصرفات القانونية . فلا يجوز إثبات ما تريد قيمته على عشرة جنهات بالبينه أو القرائن ، سواء في ذلك كانت المحكمة محكمة مدنية أو محكمة جنائية ، وقد مر ذكر ذلك (١) .

أما فيما يتعلق بالإثراء بلا سبب ، فالوفاء بغير المستحق يكون عادة تصرفاً قانونياً ، لا يجوز إثباته بالبينه أو القرائن إذا زاد المبلغ الموفى به على عشرة جنهات (٢) . والفضالة ، بالنسبة إلى رب العمل ، هي واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينه والقرائن . ولكن الفضولي قد يبرم ، فيما يأتيه من أعمال الفضالة ، تصرفاً قانونياً مع الغير ، ففيها بينه وبين هذا الغير لا يثبت هذا التصرف إلا وفقاً لقواعد الإثبات في التصرفات القانونية . وهذا التصرف نفسه يعتبر ، بالنسبة إلى رب العمل ، واقعة مادية يجوز له إثباتها بجميع الطرق . وأعمال الإثراء بلا سبب الأخرى تكون غالباً أعمالاً مادية يجوز إثباتها بالبينه والقرائن ، كالبناء والغراس ، ولكن يقع في بعض الأحوال أن تكون تصرفات قانونية كمن يوفى دين غيره ويرجع على المدين ، ففي هذا الرجوع تراعى قواعد الإثبات في التصرفات القانونية (٣) .

أما الوقائع المادية التي ينص القانون على أنها تنشئ التزامات ، فإن إثباتها جائز بجميع الطرق . على أنه يلاحظ أن القرابة لها في الغالب طرق إثبات خاصة ، وأن الجوار يثبت عادة بالمعاينة .

ثم يذكر الفقه ، فيما يجوز إثباته بالبينه والقرائن لقيام المانع المادي ، عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال . ولكن هذه أيضاً وقائع مادية ، لا معنى لاستثنائها من قاعدة لا تسرى إلا على التصرفات القانونية . صحيح أن هذه العيوب تلتصق بالإرادة ، أي بالتصرف القانوني ، ولكن التصرف القانوني في ذاته يثبت وفقاً للقواعد العامة ، ومن يدعى وجوده عليه أن يثبته ، فإذا ثبت وجوده كان على من يدعى أن التصرف شابه عيب من هذه العيوب أن يثبت ذلك ، ويجوز له أن يثبت هذا العيب بالبينه والقرائن لأنه واقعة مادية كما قدمنا (٤) .

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٦٨ - ص ٣٧٠ .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٦٧ .

(٣) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٦٣٨ وهاش رقم ٦ .

(٤) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٧٢ - ص ٣٧٣ وهاش رقم ١٨ وهاش رقم ١٩ .

٢٣١ — طالب الإثبات ليس طرفاً في التصرف القانوني :

فاذا استبعدنا ما قدمناه من الوقائع المادية ، واقتصرنا على التصرفات القانونية ، وجب أن نقصر دائرة تطبيق الدليل الكتابي على العلاقة فيما بين طرفي التصرف . فالدليل الكتابي غير مطلوب إلا في هذا النطاق . أما الغير الذي لم يكن طرفاً في التصرف ، فله أن يثبته ، إذا دعت مصلحة مشروعة إلى هذا الإثبات ، بجميع الطرق ومنها البيئة والقرائن . وليس ذلك راجعاً ، في نظرنا ، إلى قيام مانع مادي حال دون حصول الغير على الكتابة المثبتة للتصرف . لاشك في أن هذا المانع المادي موجود ، ولكنه مانع عام يوجد في كل حالة يكون طالب الإثبات فيها من الغير بالنسبة إلى التصرف القانوني ، وقد قدمنا أن المانع يجب أن يكون خاصاً بوجود في حالة بالذات . والعلة ، في نظرنا ، في أن نبيح للغير أن يثبت تصرفاً قانونياً ليس طرفاً فيه بجميع الطرق ، هي أن هذا التصرف بالنسبة إليه يعتبر واقعة مادية ، والواقعة المادية يجوز إثباتها بجميع الطرق .

وقد رأينا أن الشفيع يستطيع إثبات البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة بجميع الطرق ، لأنه من الغير ، فيعتبر البيع بالنسبة إليه واقعة مادية . ورأينا في الفضالة أن الفضولي في أعمال فضالته قد يبرم تصرفاً قانونياً مع الغير ، فلرب العمل ، إذا اقتضى الأمر ، أن يثبت هذا التصرف بجميع الطرق ، لأنه لم يكن طرفاً في هذا التصرف ، فيعتبر التصرف بالنسبة إليه واقعة مادية . وقد يتعاقد صاحب المصنع مع أحد الفنيين ، فيأتي مصنع منافس ويستخدم هذا الفني قبل انتهاء خدمته في المصنع الأول ، فاذا رجع صاحب المصنع الأول على صاحب المصنع الآخر بتعويض ، وطولب أن يثبت عقد استخدام المصنع الآخر لهذا الفني ، كان له أن يثبت هذا العقد بجميع الطرق ، لأنه ليس طرفاً فيه ، فيعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية . والحاجز على مال مدينه قد يضطر إلى إثبات ملكية المدين للمال المحجوز عليه بمقتضى تصرف قانوني لم يكن طرفاً فيه ، فيثبت هذا التصرف بجميع الطرق ، إذ هو بالنسبة إليه واقعة مادية . ويمكن القول إذن بوجه عام أن كل شخص لم يكن طرفاً في تصرف قانوني ، وكانت له مصلحة في إثبات هذا التصرف ، يجوز له الإثبات بجميع الطرق ، لأن التصرف يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية^(١).

(١) انظر أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٧٣ - ص ٣٧٥ .

كذلك يستطيع الغير ، في تصرف قانوني مكتوب ، أن يثبت بجميع الطرق ما يخالف الكتابة أو يجاوزها ، لأن التصرف يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية . والمثل البارز لذلك هو الصورية . فالعقد الصوري ، فيما بين المتعاقدين ، تصرف قانوني لا يجوز إثبات ما يخالفه — أى إثبات الصورية — إذا كان العقد مكتوباً ، إلا بالكتابة (١) . أما بالنسبة إلى الغير ، فيجوز له هذا الإثبات بجميع الطرق ، لأن العقد الصوري بالنسبة إليه يعتبر واقعة مادية ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

٢٣٢ — الاحتيال على القانون والسبب غير المشروع : فإذا اقتصرنا على العلاقة فيما بين طرفي التصرف القانوني ، أمكن أيضاً أن نتصور جواز أن يثبت أحد الطرفين التصرف القانوني بجميع الطرق ، لا لأن التصرف يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية فهو تصرف قانوني بالنسبة إلى كل من الطرفين ، بل لأن هناك سبباً غير مشروع ، كربا فاحش أو مقامرة ، يراد إخفاؤه احتيالا على القانون . وقد قدمنا أن الاحتيال على القانون يبيح الإثبات بجميع الطرق ، فهو مبدأ عام يضاهي في عمومته مبدأ قيام المانع ، ولا يتفرع عنه . ولذلك يجب ألا نخلط ما بين المبدأين . وقد سبق أن عالجنا مبدأ الاحتيال على القانون وكيف يحيز الإثبات بالبيئة والقرائن .

٢٣٣ — الودائع الاضطرارية وما يلحق بها : وننتقل الآن إلى النطاق الحقيقي لقيام المانع . فهو دائرة العلاقة بين طرفي التصرف القانوني فيما ليس فيه احتيال على القانون ، وذلك بعد أن استبعدنا من هذا النطاق الواقعة المادية فهي ليست بتصرف قانوني ، واستبعدنا الغير الذي يعتبر التصرف القانوني بالنسبة إليه واقعة مادية ، واستبعدنا الاحتيال على القانون وهو يبيح كمبدأ عام مستقل الإثبات بجميع الطرق . وننظر ، في حدود هذا النطاق الحقيقي ، كيف يحول المانع المادي دون الحصول على الدليل الكتابي . ونواجه أول مانواجه الوديعة الاضطرارية (dépôt nécessaire) وما يلحق بها . فهنا يقوم مانع مادي يتعذر معه الحصول على الكتابة لإثبات التصرف .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٨ ص ٩٩٨ .

فمن فوجىء بخطر الحريق أو النهب أو الاضطرابات أو التهدم أو الغرق أو نحو ذلك ، فبادر إلى إنقاذ متاعه من هذه الأخطار بإيداعه عند الغير ، لا يجد من الوقت ولا من الظروف التى أحاطت به متسعاً للحصول من المودع عنده على دليل كتابى بالوديعة إذا زادت قيمتها على عشرة جنيهات . وبحسبه أن وجد من يستودعه متاعه فى هذه الظروف الحرجة . فاذا زال الخطر وأراد استرداد متاعه ، وأنكر المودع عنده الوديعة ، كان على المودع أن يثبت أولاً قيام المانع من الحصول على الدليل الكتابى ، أى الخطر الذى كان يهدده . وهذه واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق . ثم يجوز له بعد ذلك أن يثبت بالبينة والقرائن عقد الوديعة ذاته .

ويلحق بالوديعة الاضطرارية وديعة النزىل فى الفندق لأمتعته . فقد شبه التقنين المدنى الفرنسى (م ١٣٤٨ وم ١٣٥٢) هذه الوديعة بالوديعة الاضطرارية ، من حيث قيام المانع المادى من الحصول على دليل كتابى . أما التقنين المدنى المصرى فقد سكت عن ذلك ، وترك المسألة للقواعد العامة . وقد نصت المادة ٧٢٧ من التقنين المدنى على أن « ١ - يكون أصحاب الفنادق والحانات وما مائلها ، فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الأشياء التى يأتى بها المسافرون والزلاء ، مسئولين حتى عن فعل المترددين على الفندق أو الحان . ٢ - غير أنهم لا يكونون مسئولين ، فيما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة ، عن تعويض مجاوز خمسين جنيهاً ، ما لم يكونوا قد أخذوا على عاتقهم حفظ هذه الأشياء وهم يعرفون قيمتها ، أو يكونوا قد رفضوا دون مسوغ أن يتسلموها عهدة فى ذمتهم ، أو يكونوا قد تسببوا فى وقوع الضرر بخطأ جسيم منهم أو من أحد تابعيهم » . وظاهر من هذا النص أن مسئولية صاحب الفندق العقدية ، بمقتضى عقد الوديعة ، تختلف عن مسئولية التقصيرية . فهو مسئول مسئولية عقدية ، بمقتضى عقد الوديعة ، عن المحافظة على الأمتعة التى يأتى بها النزىل . وإثبات عقد الوديعة فى هذه الحالة يكون بجميع الطرق ، لقيام مانع مادى من الحصول على الكتابة . ونلاحظ منذ الآن أن المانع المادى أخذ هنا يتخفف من حدته ، فلم يعد مانعاً مادياً يجعل الحصول على الدليل الكتابى متعذراً كما كان الأمر فى الوديعة الاضطرارية ، بل هو مانع مادى يجعل الحصول على الدليل الكتابى غير مألوف ويتعارض مع ظروف الإيداع . وبقدر ما يتخفف المانع

المادى هنا من حدثه ، بقدر ما يفقد من صبغة الخصوص فيه ، ويقرب من أن يكون مانعاً عاماً لا يختص بحالة دون حالة ، لولا أن وديعة نزيل الفندق هي ذاتها حالة متخصصة بين الودائع بوجه عام . وهنا أيضاً تتسع الثغرة في قاعدة الدليل الكتابي لتترك مجالاً غير ضيق للإثبات بالبينة . أما فيما يختص بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة فمسئولية صاحب الفندق العقدية ، بمقتضى عقد الوديعة الذى يثبت بالبينة والقرائن ، لا تتجاوز خمسين جنياً مصرياً . فان جاوز الضرر هذا المبلغ ، تحولت مسؤولية صاحب الفندق إلى مسئولية تقصيرية ، أو بقيت عقدية على حسب الأحوال . وعلى النزيل أن يثبت أحد أمور ثلاثة : (١) عقد وديعة خاصة ، يتعهد بمقتضاه صاحب الفندق بالمحافظة على النقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة وهو عارف قيمتها . وهذا العقد لا يجوز فى إثباته البينة أو القرائن لأن قيمته تزيد على عشرة جنيهات . (٢) خطأ من صاحب الفندق ، هو أنه رفض دون مسوغ أن يتسلم النقود أو الأوراق المالية أو الأشياء الثمينة عهدة فى ذمته . وهذا الخطأ واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق . (٣) خطأ جسيماً من صاحب الفندق أو من أحد تابعيه ، أياً كان هذا الخطأ ، ولكن لا يكفي أن يكون خطأ عادياً بل يجب أن يكون جسيماً . وهذا الخطأ أيضاً واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق^(١) .

وينص كل من قانون البيئات السوري (م ٥٧) والتقنين المدنى العراقى (م ٤٩١) صراحة على أنه «يعتبر مانعاً مادياً ألا يوجد من يستطيع كتابة السند»^(٢) . وهنا أيضاً يزداد المانع المادى تخففاً من حدثه . فيصبح للعرف والبيئة دخل فى تقديره . ففى البلاد التى لم تنتشر فيها الكتابة انتشاراً كافياً قد يتعذر فى بعض الأحوال العثور على شخص يستطيع كتابة السند الذى يراد إعداده كدليل كتابى على التصرف القانونى المعقود . فيقدر القاضى ظروف البيئة فى كل مسألة بالذات ، ليرى إذا كان حقاً قد تعذر العثور على من يكتب السند ، فيقضى بقيام المانع المادى ويرخص فى الإثبات بالبينة . وطالب الإثبات بالبينة هو الذى يحمل

(١) أما إيداع الأمتعة عند عامل النقل لنقلها من مكان إلى آخر فلا يعد وديعة اضطرارية ، ويجب لإثباتها الكتابة فيما يزيد على النصاب إلا إذا كان عقد النقل تجارياً فيثبت بجميع الطرق (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٧١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٦) .

(٢) انظر الأستاذ حسين المؤمن جزء ٢ ص ٥٤٩ — ص ٥٥٠ .

عبء إثبات تعذر العثور على من يكتب السند في الظروف التي انعقد فيها التصرف القانوني ، ويستطيع إثبات ذلك بالبيئة والقرائن لأنه إنما يثبت واقعة مادية . ونلاحظ أن المانع المادى هنا هو مانع خاص ذاتى ، لا مانع عام موضوعى . ولا يعتد به إلا فى القوانين التى تنص عليه . ففى التقنين المصرى ، حيث لائنص ، لا يكون هذا مانعاً يسوغ الإثبات بالبيئة والقرائن .

٢٣٤ — الامارات غير المنظورة بوجه عام : وقد أضاف التقنين المدنى الفرنسى (م ١٣٤٨ بند ٣) عبارة عمم بها ظروف الودائع الاضطرابية ، فأجاز الإثبات بالبيئة « عند نزول أحداث غير منظورة لم يكن يستطيع معها كتابة ورقة » . ويجب أن تكون النازلة غير منظورة ، وأن تكون جسيمة بحيث تجعل التعاقد على الالتزام أمراً بلغ حداً من الاستعجال لا يتسع معه الوقت للحصول على سند كتابى . فالقرض الذى يعطى لإسعاف أحد الجنود فى جيش يتقهقر منهزماً^(١) ، وإقراض شخص مالا طرأت الحاجة إليه وهو على وشك السفر ، أو وهو مصاب فى حادث لم يكن يتوقعه ، وإيداع السيارة فى مكان عام حيث لا يوجد من الحراس عدد كاف لتسلم جميع السيارات المودعة^(٢) ، وإصابة المودع بشلل فجائى اضطر معه للانتقال إلى المستشفى قبل الحصول على سند كتابى^(٣) ، وإيداع صندوق بداخله نقود أثناء قيام البوليس بالتفتيش^(٤) ، كل هذه حالات يجوز فيها الإثبات بالبيئة والقرائن لقيام المانع المادى الذى يحول دون الحصول على سند كتابى . ويقدر القاضى كل حالة على حدها ، ليرى هل هناك مانع مادى ، فالمانع إذن خاص ذاتى ، لا عام موضوعى .

٢٣٥ — ما جرت به العادة : وهنا يتخفف المانع المادى من حدته إلى حد قصى ، ويزداد اتساع الثغرة فى قاعدة الدليل الكتابى . إذ لا يكون المانع

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٧ .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٩ ص ١٠٠١ .

(٣) دائرة النقض الجنائية ٦ يونية سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٩٣ .

(٤) أسيوط الكلية ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٠ .

المادى راجعاً إلى التعذر أصلاً ، بل إلى مجرد ما جرت به العادة وألفته الناس في التعامل . وفي هذا خرق واسع تحدّثه البيئة في نطاق الدليل الكتابي . ويزيد في خطورة الأمر أن المانع يبدأ في التحول من مانع ذاتي إلى مانع موضوعي ، لولا بقية من الذاتية هي التي تركت لتقدير القاضي لينظر في كل حالة على حدة هل جرت العادة في مثلها ألا يؤخذ سند كتابي .

وقد جرت العادة ألا يأخذ السيد من خادمه دليلاً كتابياً على ما يعهد إليه به من مال أو متاع . وجرت عادة أصحاب الفنادق والمطاعم والمقاهي ألا يأخذوا دليلاً كتابياً على ما يقدمون إلى عملائهم من خدمة ومأكل ومشرب . وجرت عادة التجار ألا يأخذوا دليلاً كتابياً على ما يرسلون إلى المنازل من سلع . وجرت العادة في الأسواق أن تجري المبيعات بالشروط المألوفة دون كتابة ، فاذا خرجت الشروط عن نطاق المألوف دوت في ورقة مكتوبة^(١) .

ويختلط المانع المادى هنا بالمانع الأدبي الذي سنراه في عرف بعض المهن . ومن الفقهاء من يميز بين عادة عامة تجرى بين فريق كبير من الناس بحيث تعتبر قاعدة قانونية مصدرها العرف ، وهذا هو المانع المادى ، وبين عادة خاصة جرى عليها شخصان في التعامل فيما بينهما ، مما يمكن اعتباره دليلاً على وجود صلة متينة بين المتعاملين تمنع من الحصول على سند مكتوب ، وهذا هو المانع الأدبي^(٢) . وفي رأينا أن المانع المادى والمانع الأدبي يتلاقيان عند العادة ، وبصعب هنا الفصل فيما بينهما فصلاً دقيقاً . فالعادة من حيث إنها تضع قاعدة مألوفة للسلوك المتبع يتعذر معها الحصول على دليل كتابي تكون مانعاً مادياً ، ومن حيث إنها تتغلغل في النفوس إلى حد يحجم معه المتعاملون من طلب دليل كتابي تكون مانعاً أدبياً .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٩٤ — بلانيسول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٠ ص ١٠٠٢ — الأستاذ حسين المؤمن ٢ ص ٥٦٦-٥٧٥ — وفي التبائع بالمواشي في الأسواق والمواسم انظر الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ١ ص ٤٠٨ — ص ٤٠٩ .
انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع المهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٣ .
(٢) انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٣٦ ص ٤٣٨ .

ب - المانع الأدبي

٢٣٦ - تقرير المانع الأدبي موكل للقاضي الموضوع - أنساع

الثغرة في الدليل الكتابي : وقد يكون المانع أدبياً غير مادي . وتقدير ذلك - كما هو الأمر في المانع المادي - موكل للقاضي . وتقديره موضوعي لامعقب عليه لمحكمة النقض^(١) كما تقدم القول . ويميل القضاء إلى التوسع في الموانع الأدبية ، فتتسع بذلك إلى حد بعيد الثغرة في قاعدة الدليل الكتابي . ويساعد على ذلك أن القضاء لا يميل إلى تحديد ما هو المانع الأدبي ، فيترك القاضي حراً في تقدير كل حالة على حدها ، فيحد من صرامة وجوب الحصول على سند مكتوب بعد هبوط قيمة العملة وصعود مستوى الأسعار^(٢) .

وأكثر ما ترجع الموانع الأدبية - وفقاً لأحكام القضاء - إلى أمور ثلاثة :
(١) الزوجية والقرابة (٢) علاقة الخدمة (٣) العرف المتبع في بعض المهن .

٢٣٧ - الزوجية والقرابة : كثيراً ما تقوم علاقة الزوجية أو القرابة

مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على الدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون . فاذا أثبت الخصم هذه العلاقة^(٣) ، وقرر القاضي ، وفقاً لظروف كل حالة وملابساتها - ومن ثم يكون المانع الأدبي خاصاً ذاتياً لا عاماً موضوعياً - أنها علاقة كافية لتقوم مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على الدليل الكتابي ، أباح للخصم الإثبات بالبينة والقرائن بدلا من الكتابة .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مسألة قيام المانع الأدبي من أخذ الكتابة عند لزومها هي مسألة لقاضي الموضوع الفصل فيها (نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٣ ص ٩٥٤) . وقضت أيضاً بأنه متى كانت المحكمة ، إذ قررت أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين إثبات صورية العقد الثابتة كتابة إلا بالكتابة ، قد استخلصت في حدود سلطاتها الموضوعية بالأدلة السائغة التي أوردتها انتفاء المانع الأدبي ، فإن الذي قرره هو صحيح في القانون (نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٨ ص ٣١٤) .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٩ ص ٩٩٨ هامش رقم ٧ .

(٣) وثبتت وفقاً لقواعدها الخاصة : الزوجية بعقد الزواج والقرابة بشهادة الميلاد ولكن الغالب أن هذه العلاقة يكون معترفاً بها ، فتثبت بالإقرار .

فعلاقة الزوجية قد تحول - وفقاً لظروف كل حالة - دون الحصول على دليل كتابي لإثبات قرض ما بين الزوجين ، أو لإثبات الوفاء بالدين ، أو لإثبات أى تصرف قانوني آخر^(١) . وعلاقة الزوجية علاقة المصاهرة ، وقضت محكمة استئناف مصر بأن الموانع الأدبية التى تسمح بالإثبات بالبيئة والقرائن تخضع لظروف الدعوى أيضاً لا لشدة القرابة وحدها ، فإذا زوجت سيدة ابن خالتها من ابنتها بغير مهر ، وجهزت هى ابنتها ، وأقامت الابنة وزوجها عندها ليسرها ، هذه الظروف كلها تمنع الزوج أدبياً منعاً قوياً من مطالبة أم زوجته بكتابة إذا أودعها مالا ما أثناء أقامته وزوجته عندها^(٢) . وعلاقة الخطبة وحدها قد تكفى فى بعض الأحوال لقيام المانع الأدبي . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن العرف جرى بين المصريين ، وخصوصاً المسلمين منهم ، على أنه بعد الاتفاق على الخطبة ودفع المهر وقبل إتمام الزفاف ، يشتري الجهاز ، فإذا سلم للخاطب ، ولم يتم الزواج ، وطولب به جاز إثبات الدعوى بالبيئة ، إذ يوجد فى هذه الظروف مانع أدبي يحول دون الحصول على سند كتابي من الخاطب^(٣) .

والعلاقة ما بين الولد وأبويه كثيراً ما تحول دون الحصول على الدليل الكتابي ،

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مسألة اعتبار الزوجية مانعة أو غير مانعة من الحصول على دليل كتابي بين الزوجين هى مسألة موضوعية ، لمحكمة الموضوع وحدها السلطة فى تقديرها (نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٨ ص ١٠٧) - وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن رابطة الزوجية عائق أدبي (استئناف أهلي ١١ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٩٩) .

(٢) استئناف مصر ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٢ رقم ١٢٧ ص ٣٧١ - ولكنها قضت فى دعوى أخرى بأن كون الخصم زوجة عم خصمها وكانت تعتبره كابنها الوحيد وتقيم معه فى دار عمه لا يكفى فى قيام المانع الأدبي (استئناف مصر ١٥ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٧١ ص ١٢٦) .

(٣) استئناف مصر ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١١٥ - المحاماة ٧ رقم ١٠ ص ١٧ - انظر أيضاً : استئناف مصر ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦٢١ ص ٧٥٧ - ١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٣ ص ٥٣ . ولكن محكمة استئناف مصر قضت كذلك بأن مجرد خطبة أحد المتقاضيين لابنة الآخر ليست بالعلاقة التى تمنع من حصول كل منهما على الدليل الكتابي قبل الآخر (استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١١٤ ص ٣٠٦) .

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن صلة الأبوة هي من الموانع الأدبية (١) . وكذلك علاقة الأخوة ، وقد قضت محكمة النقض بأنه مما لا نزاع فيه أن المانع كما يكون مادياً يجوز أن يكون أدبياً ، والتقدير في ذلك على كل حال لمحكمة الموضوع ، فاذا رأت في قضية ما ، لعلاقة الأخوة بين الطرفين ، ولا اعتبارات شتى أوردتها في حكمها ، توفر هذا المانع الأدبي المسوغ للإثبات بالبيئة ، فلا معقب على ما رآته في هذا الشأن (٢) . كذلك صلة القرابة بين المتهم وخالته تعتبر مانعاً أدبياً من الحصول على الكتابة (٣) . ودرجة القرابة التي تربط المتهم بعمته ، وقد سلمته سنداً مثبتاً لدين لها على ابنها ، تعتبر مانعاً أدبياً ، لأن الإيداع يدل في ذاته على أن للمتهم عند عمته منزلة خاصة ، فتكليفها بأخذ إيصال عليه بهذا الإيداع تكليف يتنافر مع هذا الائتمان (٤) . وسواء كانت القرابة قريبة أو بعيدة ، فمحكمة الموضوع هي التي تقدر ، في كل حالة بالذات ، متى تعتبر هذه القرابة مانعاً أدبياً . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن حال الصلات العائلية في ذاتها من حيث تعيين درجة القرابة بالدقة ليست هي التي يترتب عليها بطريقة مطردة المانع الأدبي الذي يحول دون الحصول على كتابة مثبتة للدين أو للتخالص منه ، بل قد يوجد ذلك المانع ولو كانت القرابة بعيدة في الظاهر ، تبعاً لطبيعة الصلات العادية بين الخصوم من محبة وإخلاص (٥) . وقضت محكمة النقض بأن اعتبار صلة القرابة بين أطراف الخصومة من الموانع الأدبية التي تحول دون الحصول على دليل كتابي هو من الأمور الواقعية التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة النقض (٦) .

(١) استئناف مصر ٧ يونية سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٤ ص ١٩٧ . انظر أيضاً : ملوى ٢٩ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٣٢ .

(٢) نقض جنائي ٣ يونية سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٦١ ص ١٣٧ . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن علاقة البنوة والأخوة يجوز معها أن يثبت بالبيئة أن بعض الخصوم إذن لبعض في إجراء عقد بدل مع آخرين (استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ٤١ ص ٩٣) .

(٣) نقض جنائي ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٢٠٨ .

(٤) طنطا الابتدائية أول ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٦ ص ٩٨ .

(٥) استئناف مصر ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٧٦ .

(٦) نقض ملوى ١١ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٧ ص ٢٤٠ =

وقد تقوم صلات أخرى - غير صلات الزوجية والقربى - تكون مانعاً أدبياً من الحصول على الكتابة . من ذلك صلة الجوار^(١) ، وصلة الوكالة غير المأجورة^(٢) . بل إن مجرد العادة^(٣) ، أو مركز الشخص الاجتماعي^(٤) ، قد يكون مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على سند مكتوب .

هذا وقد اختارت بعض التقنينات العربية أن تحدد متى تعتبر صلة القرابة والزوجية مانعاً أدبياً ، فحولت بذلك هذه الصلة من مانع خاص ذاتي إلى مانع عام موضوعي . من ذلك أن نص قانون البيئات السوري (م ٥٧) على أنه « تعتبر مانعاً أدبياً القرابة ما بين الزوجين ، أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الثالثة ، أو ما بين أحد الزوجين وأبوى الزوج الآخر » .

= أنظر أيضاً : نقض مدني ٣ يناير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٩ ص ٥٣٦ - أول يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٤ ص ٣٩٦ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اعتمدت محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي الذي قرر بأن المبلغ المسلم للمدعى عليه هو أمانة اختلصها ، وأن سكوت المدعية على المدعى عليه وعدم إدراجها المبلغ بمحضر حصر التركة عند الحجر على المورث أو وفاته هو لأسباب بررت بها هذا السكوت ، وأنها أسباب تجوز على مثل المدعية لبساطتها ولصلة قرابتها بالمدعى عليه الذي كان قيماً على مورثها ، فقول المحكمة الابتدائية هذا الذي اعتمدته محكمة الاستئناف يفيد أنه كانت هناك أسباب شخصية وأدبية مانعة للمدعية من أخذ كتابة عليه باستلامه المبلغ ومن أدراجها إياه في محضرى الجرد اللذين حصل أحدهما بعد الحجر وثانيهما بعد الوفاة . ومسألة قيام المانع الأدبي من أخذ الكتابة عند لزومها هي مسألة لقاضي الموضوع القول الفصل فيها (نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٣ ص ٩٥٤ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(١) وقد قضت محكمة أسبوط الجزئية بأن العادات المبنية على كرم الطبع ، كإعارة الأواني والحل بين الجيران وإعارة المواشي وآلات الزراعة والدواب في القرى ، موانع أدبية (١٦ فبراير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٧١٩ ص ٩٤١) .

(٢) وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأنه إذا بدد الوكيل بلا أجر أشياء سلمها إليه الموكل ، وكانت قيمتها تزيد من عشرة جنيهات ، جاز للموكل أن يثبت تسليمها إليه بالبينة ، لأن مجانية الوكالة قد تكون مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على دليل كتابي (نقض جنائي ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٥) .

(٣) وقد قضت محكمة المنصورة بأن الاعتياد على توريد أشياء منزلية يعتبر مانعاً أدبياً (١٨ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦٢١ ص ٧٥٧) .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن مركز الشخص الاجتماعي قد يكون مانعاً أدبياً لحل صنع أثاث منزلي من الحصول على سند مكتوب (استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٤٤) .

ونص أيضاً تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني (م ٢٤٢) على أنه «يكتفى بمجرد الاستحالة المعنوية ، وهي تنشأ خصوصاً عن العرف المتبع في بعض المهن ، أو علاقات القرى ما بين الأصول والفروع أو عن الروابط الزوجية» .
ونص أخيراً التقنين المدني العراقي (م ٤٩١) على جواز الإثبات بالشهادة فيما كان يجب إثباته بالكتابة «إذا كان العقد مبرماً ما بين الزوجين ، أو ما بين الأصول والفروع ، أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الرابعة ، أو ما بين أحد الزوجين وأبوى الزوج الآخر» (١) .

٢٣٨ — عمارة المحرم : والعلاقة ما بين المخدم والحادم قد لا تسمح ، تبعاً للظروف ، بالحصول على الدليل الكتابي . فخدمة المنازل لا يستطيعون عادة تقديم دليل كتابي على مقدار أجورهم وشروط خدمتهم (٢) ، ولا على ما قدموه لحساب المخدم من مبالغ صرفوها في الشؤون المنزلية (٣) . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن صلة الحادم بسيدته وطول خدمته عنده يعتبر من الموانع الأدبية (٤) .

وكذلك العلاقة ما بين رب العمل والعامل قد لا تسمح هي أيضاً ، تبعاً للظروف ، بأن يكون هناك دليل كتابي . مثل ذلك العلاقة ما بين صاحب المصنع وعامله (٥) ، والعلاقة ما بين رب العمل وكتابه (٦) ، والعلاقة ما بين والد التلميذ والمعلم (٧) ، والعلاقة ما بين خادم الفندق ومخدومه (٨) .

(١) انظر في هذه المسألة الأستاذ حسين المؤمن في الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٥٥٥ وما بعدها .

(٢) نقض فرنسي ١٧ مارس سنة ١٩٣٨ سيريه ١٩٣٨ - ١ - ١١٥ ، وإذا ثبت مقدار أجر الحادم ، فهذا أن يطالب بمجموع أجوره منذ دخوله في خدمة سيده ، والسيد أن يثبت بجميع الطرق أنه وفي له هذه الأجور (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٩ ص ١٠٠٠) .

(٣) محكمة باريس الاستئنافية ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٥ - ٦٢ .

(٤) استئناف مصر ١٥ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٧ ص ٤٨ .

(٥) نقض فرنسي ١٧ مارس سنة ١٩٣٨ دالوز ١٩٣٨ - ١ - ١١٥ .

(٦) محكمة كان الفرنسية ٢٣ مارس ١٩١٤ مجلة القانون المدني الفصلية ١٩١٥ ص ٥١٤ .

(٧) نقض فرنسي ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩ ص ٤٦٠ .

(٨) نقض فرنسي ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ جازيت دي باليه أول فبراير سنة ١٩٣٢ .

٢٣٩ - عرف بعض المهن : وتقضى الظروف في بعض المهن ألا

يكون هناك دليل كتابي على التعامل. ويتحقق ذلك بنوع خاص في مهنة الطب ، فان الطبيب في أكثر الظروف لا يحصل على دليل كتابي من المريض بما اتفقا عليه من أجر للعلاج . بل قد لا يتفقان أصلاً على الأجر ، ويطلب الطبيب أجره بعد ذلك وفقاً للعرف الجاري ، دون أن يطلب منه تقديم دليل كتابي فيما يزيد على عشرة جنيهات^(١) .

وحائك الملابس لا يأخذ عادة ورقة مكتوبة من عميله ، فيجوز له إثبات حقه في ذمة العميل بالبيئة والقرائن ، حتى لو زادت القيمة على عشرة جنيهات . وله أن يستعين في ذلك بدفاتره التجارية وفقاً لقواعد الإثبات الخاصة بهذه الدفاتر^(٢) .

وقد أشرنا فيما قدمناه كيف يلتقي المانع المادي والمانع الأدبي فيما يقضى به العرف في كثير من الأحوال من جواز الإثبات بالبيئة والقرائن .

٢ - قيام المانع من تقديم الكتابة لفقدها بسبب أجنبي

٢٤٠ - نظام تطبيق القاعدة : رأينا ، فيما قدمناه ، قيام مانع مادي

أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي ، فجاز الإثبات بالبيئة والقرائن نزولاً عند حكم الضرورة . أما هنا ، فقد حصل الدائن على الدليل الكتابي الذي يقضى به القانون ، ولكنه بعد حصوله على هذا الدليل فقده لسبب أجنبي لا يد له فيه . فمكان الضرورة في هذه الحالة أكثر وضوحاً ، لأن الدليل الكتابي قد وجد فعلاً ولكنه ضاع بغير تقصير من الدائن . لذلك يجوز عندئذ أن تحل

(١) استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٢٦ — ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٩٩ — نقض فرنسي ١٣ أبريل سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١١ — ١ — ٥٠١ — ٣١ مايو سنة ١٩٣٢ سيريه ١٩٣٣ — ١ — ١٣٤ — بل إن الطبيب ليس في حاجة إلى كتابة مذكرات منتظمة (carnet de visites régulièrement tenu) بزياراته لمرضاه (محكمة باريس الاستئنافية ٥ مارس سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ — ٢ — ٣٢) .

(٢) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٣٨ .

(٣٠ الوسيط — ج ٢)

البينة والقرائن محل الدليل الكتابي لإثبات :

- (١) ما تزيد قيمته على عشرة جنهات .
- (٢) ما يخالف الكتابة أو يجاوزها .
- (٣) أى عقد يشترط القانون أن يكون إثباته بالكتابة ولو لم تجاوز قيمته عشرة جنهات كالصلح والكفالة .
- (٤) أى عقد شكلي ، كالهبة والرهن الرسمي ، على التفصيل الذى سنورده فيما يلى . وفى هذا تختلف هذه القاعدة عن القاعدة السابقة ، فقد رأينا أن قيام المانع لا يجيز إثبات العقد الشكلى بالبينة والقرائن^(١) .

٢٤١ - أمور ثلاثة يجب اثباتها : ومن يدعى أنه حصل على سند مكتوب ثم فقده بسبب أجنبي ، عليه أن يثبت أموراً ثلاثة :

(١) أنه كان قد حصل فعلاً على سند مكتوب . ويجوز أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، لأنه إنما يثبت واقعة مادية^(٢) .

- (١) ويجب أن يثبت المدعى أن السند المكتوب ، الذى كان موجوداً ثم فقد بسبب أجنبي ، هو سند كتابي كامل ، لا مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة . فإذا كان مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة ، فلا يسمح للمدعى أن يثبت سبق وجوده بالبينة أو بالقرائن . لكن إذا أقر الخصم بسبق وجوده كان للقاضي حرية التقدير لتعرف ما إذا كان السند المفقود تتوافر فيه أركان مبدأ الثبوت بالكتابة حتى يمكن تعزيزه بالبينة أو بالقرائن (الموجز للمؤلف ص ٧٢٤) .
- (٢) وليس من الضروري أن تكون الشهود قد رأت السند المكتوب وقرأته . ولكن لا يكتفى من جهة أخرى أن تشهد الشهود بقيام التصرف القانوني المدعى به ، بل يجب أن تشهد بسبق وجود سند مكتوب صحيح يثبت هذا التصرف (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ هامش رقم ٣٥) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « أما فيما يتعلق بالدليل على الفقد فيقع عبء إقامته على المدعى مبدئياً . فن واجب ، فضلاً عن إثبات الحادث الجبرى أو القوة القاهرة ، أن يقيم الدليل على سبق وجود المحرر ومضمونه وعلى مراعاة شروط الصحة التى يتطلب القانون توافرها فيه إن كان هذا المحرر من قبيل المحررات الشكلية . فإذا تم ذلك للمدعى ، كان له أن يثبت ما يدعى بالبينة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٤) . ويطلب من المدعى ، كما قدمنا ، أن يثبت بجميع الطرق سبق وجود سند مكتوب ، وأن هذا السند كان مستوفياً لجميع الشروط القانونية ، وأنه كان يحمل توقيع الخصم . فلواعترف الخصم بسبق وجود السند ، ولكنه أنكر توقيعه عليه ، سمح للمدعى أن يثبت صحة التوقيع بجميع الطرق (الموجز للمؤلف ص ٧٢٤) — ويجب أن يكون السند المفقود دليلاً كتابياً كاملاً . فإذا كان مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة ، فلا يجوز إثبات فقده بالبينة أو بالقرائن ، ولكن يجوز إثبات ذلك بالإقرار أو اليمين كما مر القول (انظر الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢١٥) .

(٢) وأن هذا السند قد فقد . وهذه أيضاً واقعة مادية يجوز إثباتها بالبيئة وبالقرائن^(١) .

(٣) وأن فقد السند كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ، كسرقة أو حريق أو نحو ذلك من الحوادث التي لم يكن يتوقعها^(٢) . وهذه أيضاً واقعة مادية يجوز له إثباتها بالبيئة والقرائن^(٣) . ويلاحظ هنا أمران (أولهما) أن السبب الأجنبي لا يتشدد فيه التشدد الذي رأيناه في المسئولية ، فيكفى أن يثبت صاحب السند أنه لم يقصر في المحافظة عليه حتى يعتبر أنه فقد السند بسبب أجنبي^(٤) . و (الثاني) أن إثبات السبب الأجنبي قد يتضمن في الوقت ذاته إثبات فقد السند . فإذا أثبت

(١) وإذا ادعى المدعى أن السند كان مودعاً عند شخص آخر ، وجب عليه إثبات الوديعة ، إذا كانت قيمة السند تزيد على عشرة جنيهات ، بدليل كتابي (الموجز للمؤلف ص ٧٢٤) - انظر أيضاً : أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٨٢ - ص ٣٨٤ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه وإن كان القانون لم يشر في المادة ٢١٨ مدني (٤٠٣ جديد) إلا إلى حالة ضياع السند بسبب قهري كحصول حريق أو إتلاف ، إلا أنه مما يجب أن يعتبر في حكم السبب القهري حصول سرقة السند أو تبديده (استئناف مصر ٢١ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٣ ص ٥٥٦) . وقد يكون السند المكتوب قد ضاع من ملف القضية المرفوعة بهذا السند ، دون أن يكون ذلك بتقصير من صاحبه (محكمة باريس ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٨ داللو الأسبوعي ١٩٣٩ ص ١١) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة قد اقتنعت من التحقيقات الحاصلة عن الحادث ، وعلى الأخص مما أدلى به المدعى عليه نفسه فيها ، أن السند كان موجوداً وسرق ، وأن ذمة المدعى عليه ما زالت مشغولة بالدين ، فذلك من شأنها وحدها . ولا يصح أن ينعى عليها أنه لم تأخذ فيما انتهت إليه بدليل بعينه ، إذ الإثبات في هذه الحالة يجوز بجميع الطرق (نقض مدني ١٨ يونيو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٦ ص ٤٨٥) . وقضت أيضاً بأنه إذا رفضت المحكمة طلب الإحالة على التحقيق لإثبات وجود سند كتابي ضاع بسبب قهري ، مقيمة قضاها بذلك على عدم جدية هذا الادعاء لما أوردته من أسباب مبررة لوجهة نظرها ، فلا مخالفة في ذلك لحكم المادة ٢١٨ من القانون المدني (٤٠٣ جديد) (نقض مدني ٢٤ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٩ ص ٧٤٠) .

انظر أيضاً : نجع حمادي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٣٤ - ملوى ٩ يونيو سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ١١٦ .

(٤) وقد جاء في الموجز للمؤلف ما يأتي : « ويكفى في وجود القوة القاهرة ألا يكون الحادث الذي ضاع فيه السند منسوباً إلى إهمال المدعى ، ولو كان هذا الحادث قد وقع بإهمال الغير ، لا قضاء وقدرأ . أما إذا ضاع السند بإهمال المدعى ، بأن كان قد مزقه خطأ أو أهمل في حفظه حتى ضاع أو سرق أو نحو ذلك مما يعتبر خطأ منسوباً إليه ، فلا يكون في هذه الحالة معذوراً ، ولا يسمح له أن يثبت دعواه بالبيئة أو بالقرائن (الموجز فقرة ٦٩٧ ص ٧٢٥) . انظر أيضاً : =

شخص مثلاً أن حريقاً لا يد له فيه التهم منزله ، ولم يستطع انتشال أوراقه ومستنداته فاحترقت جميعها ، كان في هذا إثبات للسبب الأجنبي وإثبات لفقد السند المكتوب ما دام قد أثبت أن أوراقه قد احترقت جميعها^(١).

فاذا استطاع الخصم إثبات هذه الأمور الثلاثة - وكلها يمكن إثباتها بجميع الطرق لأنها وقائع مادية كما رأينا - كان له بعد ذلك أن يثبت الحق الذي يدعيه بالبينة والقرائن ، حتى لو زادت قيمته على عشرة جنيهات ، وحتى لو خالف بهذا الإثبات أو جاوز ما هو ثابت بالكتابة^(٢).

٢٤٢ - التوسع في القاعدة والتضييق منها : وقاعدة فقد السند بسبب أجنبي يوسع فيها تارة ، ويضيق منها تارة أخرى .

يوسع فيها ، فيجوز إثبات تصرف قانوني شكلي ، هبة أو رهن رسمي مثلاً ، بالبينة والقرائن إذا ثبت أن هذا التصرف كان في سند ثم فقد السند بسبب أجنبي . ولكن يجب هنا ، عند إثبات سبق وجود السند ، أن يثبت صاحب الشأن أيضاً أن هذا السند كان مستوفياً للشكل الذي يتطلبه القانون^(٣). وتختلف هذه القاعدة ،

= استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٠٧ — والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٣ — ص ٤١٤ .

(١) استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢١٤ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤١ ص ١٠٠٣ وهامش رقم ١ .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٩٩ — ٢٠ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٤٣ — ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٧١ — ٢٤ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٥١ — ١٧ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٧٥ .

(٣) وبفرض أن السند قد استوفى الشكل الذي يتطلبه القانون إذا كان المدين هو الذى أتلفه (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٨٤ — ص ٣٨٥) — هذا والسند في حالة التصرف الشكلى لا بد أن يكون سنداً رسمياً . فإذا فقد ، فإن الصور الرسمية قد تقوم مقامه ، أو تكون مبدأ ثبوت بالكتابة على النحو الذى قدمناه عند الكلام في حجية الصور الرسمية للسند الرسمى ، وفي هذه الحالة لا تكون في حاجة إلى القاعدة التى نحن بصدددها ، فإن قبول البينة والقرائن جائز بدونها . أما إذا لم توجد صور رسمية أصلاً ، أو وجدت ولكنها لا تصلح أن تكون على الأقل مبدأ ثبوت بالكتابة ، فعندئذ يكون للخصم فائدة من التمسك بقاعدة فقد السند المكتوب بسبب أجنبي ليتمكن من إثبات التصرف بالبينة والقرائن (انظر في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٣٢ ص ٤٢٧ هامش رقم ٢ — وفقرة ٢٤١) .

كما قدمنا ، عن قاعدة قيام المانع وقاعدة مبدأ الثبوت بالكتابة في هذا الصدد .
فقد رأينا أن العقد الشكلي لا يجوز إثباته بالبيئة والقرائن ، حتى عند قيام مانع
حال دون الحصول على الكتابة ، وحتى مع وجود مبدأ ثبوت بالكتابة .
أما هنا - عند فقد السند بسبب أجنبي - فيجوز إثبات العقد الشكلي بالبيئة
والقرائن ، لأن السند مفرغاً في الشكل الذي يتطلبه القانون قد وجد فعلاً ،
فاستكمل التصرف أركانه وقام صحيحاً ، ثم فقد السند بعد ذلك بسبب أجنبي
ليس من شأنه أن يؤثر في قيام التصرف . ومتى كانت الدعوى أن التصرف
القانوني قد وجد فعلاً مستوفياً لشكله القانوني ، فلا يوجد ما يمنع حينئذ
من إثبات سبق هذا الوجود بالبيئة والقرائن (١) .

ويضيق في القاعدة من ناحية أخرى . فقد قضت محكمة النقض الفرنسية
بأنه يجوز الاتفاق على عكسها ، مثلها في ذلك مثل سائر قواعد الإثبات ، وأنه
إذا اشترط رب العمل أن العامل لا يجوز له أن ينضم إلى صندوق المعاش إلا إذا
أثبت أنه قضى مدة معينة في خدمة رب العمل ، وأن هذا الإثبات لا يجوز
أن يكون إلا من واقع دفتر العامل (livret de l'ouvrier) ، أو بمستخرج
من سجلات رب العمل (extrait des livres du patron) ، فلا يسمح للعامل
أن يثبت أنه قضى المدة المعينة في الخدمة بطريق آخر غير هذين الطريقين ، حتى
لو كان رب العمل لم يحتفظ بسجلاته وكان العامل قد فقد دفتره (٢) .

(١) انظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤١ ص ١٠٠٤ - وانظر أيضاً المذكرة
الإيضاحية للمشروع التهدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٤ .

(٢) نقض فرنسي ٣٠ يولية سنة ١٨٨٤ داللو ١-٨٥-٤٣٩ - سيريه ١-٨٥-٣٧٤ .
بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٢ - ويتحفظ بارتان في التسليم بصحة هذا الحكم
(أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ هامش رقم ٣٣ مكرر) .

وقد قضت محكمة النقض البلجيكية ، هي أيضاً ، بأن قواعد الإثبات ليست من النظام العام ،
وأنه يجوز الاتفاق على ما يخالف قاعدة فقد السند المكتوب بسبب أجنبي ، كما لا يجوز التمسك
بهذه القاعدة وغيرها من قواعد الإثبات لأول مرة أمام محكمة النقض (٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤
باسيكريزي ١١٤٥-١-٧٦-٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ باسيكريزي ١٩٤٧-١-٢٩) .

الباب الثالث

الطرق المعفية من الاثبات

الافرار واليمين والقرائن القانونية

٢٤٣ - قوة مطلقة - مميّة قاصرة ومميّة متعدية : قدمنا (١) أن الإقرار واليمين والقرائن القانونية تصلح للإعفاء من إثبات أية واقعة مادية أو أى تصرف قانونى مهما بلغت قيمته . فهى من هذه الناحية كالكتابة قوتها مطلقة .

وقدمنا أيضاً (٢) أن الإعفاء من الإثبات فى الإقرار وفى اليمين مقصور على الخصمين ، فحجية الإقرار واليمين غير متعدية إلى الغير ، ومن ثم تكون حجية قاصرة . أما حجية القرائن القانونية فغير مقصورة على الخصمين ، فهى حجية متعدية .

ونعالج هذه الطرق الثلاثة - الإقرار واليمين والقرائن القانونية - متعاقبات فى فصول ثلاثة .

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦١ .

الفصل الأول

الإقرار

٢٤٤ — تعريف الإقرار بوجه عام : الإقرار هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر ، سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد^(١) .

فلا يكون إقراراً إنشاء الشخص الحق في ذمته بتصرف قانوني أو بواقعة قانونية ، كالمشتري يلتزم بدفع الثمن وكمن يرتكب عملاً غير مشروع يلتزم بالتعويض ، ذلك أن إنشاء الحق غير الاعتراف به . ولما كان إنشاء الحق بتصرف قانوني يحتاج في إثباته إلى ورقة مكتوبة إذا كانت قيمة هذا الحق تزيد على عشرة جنيهات ، فهذه الورقة تكون دليل إثبات لا إقراراً ، لأنها أعدت من مبدأ الأمر لتثبت التصرف القانوني ، وتكون في الغالب معاصرة لنشوئه أو بعد ذلك بوقت قليل . أما إذا كتب المدين إقراراً على نفسه بذات الحق ، فانه لا ينشئ بذلك حقاً في ذمته ، ولكنه يقر بوجود هذا الحق بعد أن نشأ^(٢) . ويكتب المقر إقراره عادة بعد نشوء الحق الذي يقر به بوقت غير قصير ، مدفوعاً إلى ذلك باعتبارات متنوعة . فقد يكتب الإقرار بعد نزاع ينتهي في تسويته إلى هذا الإقرار ، وقد يكتبه بعد تصفية حساب قديم ، وقد يكتبه حتى يمكن صاحب الحق من ورثته أن يتقاضى حقه قبل قسمة التركة ، وقد يكتبه عندما يحس أن منيته قد دنت ليترك لصاحب الحق إقراراً بحقه فيبرئ ذمته سواء كتب الإقرار في مرض الموت أو قبل ذلك . أما إذا كان السند المثبت للحق قد ضاع أو قدم عليه العهد ، فكتب المدين سنداً مؤيداً للسند الأصلي ، فهذا ليس إقراراً بل هو السند المؤيد الذي بسطنا أحكامه فيما تقدم . فالورقة المكتوبة إذن قد تكون سنداً أصلياً ، أو سنداً مؤيداً للسند الأصلي ، أو إقراراً مكتوباً بالدين .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣١ — ص ٤٣٢ .

(٢) انظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٣ — دى پاچ ٣ ص ١٠٢٥ — ص ١٠٢٨ — وانظر : استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٨٦ .

ولا يكون إقراراً ما يسلم به الخصم اضطراراً على سبيل الاحتياط من طلبات خصمه . فاذا قرر في مذكرة قدمها استعداده لدفع مبلغ من النقود أقل من المبلغ المدعى به بعد أن أنكر وجود الحق في ذمته أصلاً ، ولكنه يعرض هذا المبلغ على خصمه حسماً للنزاع واحتياطاً لما عسى أن تتجه إليه المحكمة من إجابة الخصم إلى بعض طلباته ، فإن هذا لا يكون إقراراً ، لأنه ليس اعترافاً خالصاً بوجود هذا المبلغ في ذمته ، بل هو تسليم جدلي ببعض المدعى به لحسم النزاع . فهو أقرب إلى أن يكون مشروع صلح يعرضه على الخصم ، حتى إذا قبله هذا الخصم النزاع بينهما^(١) .

ولا يكون إقراراً شهادة الشاهد على المدين بوجود الدين في ذمته ، فإن الشاهد يقر بوجود الحق لا في ذمته هو بل في ذمة شخص آخر^(٢) .

ولا يكون إقراراً إبداء الخصم رأيه في الحكم القانوني الذي ينطبق على النزاع ، كأن يقرر أن قانوناً أجنبياً معيناً هو الواجب التطبيق . فهو هنا لا يقر بحق ، ولكنه يدلي برأيه في حكم قانوني ، وللمحكمة أن تأخذ برأيه أو لا تأخذ^(٣) .

وقد يقع الإقرار على الحق في ذاته ، فيعترف المدين أن في ذمته لآخر مبلغاً معيناً من المال . أو يقع على المصدر الذي أنشأ هذا الحق ، كأن يعترف بوجود عقد قرض ألزمه بهذا المبلغ من المال . بل قد يقع الإقرار على ادعاء (allégation) أياً كان ، فيعترف المشتري مثلاً بما يدعيه عليه دائن البائع من أنه يعرف إعسار البائع في الدعوى البولصية التي يرفعها الدائن على كل من البائع والمشتري .

(١) أوبرى ورو ١٢ ص ١٠٨ .

(٢) أوبرى ورو ١٢ ص ١٠٧ — ص ١٠٨ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه لكي ينتج الإقرار أثره القانوني يجب أن يكون متعلقاً بواقعة لا بالتطبيق القانوني ، لأن تفسير القانون وتطبيقه على واقعة الدعوى هو من شأن المحكمة وحدها لا من شأن الخصوم ، وإذن فإن إقرار المطعون عليهما بانطباق المادة ٣٧ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على الوصية موضوع النزاع لا يقيّد المحكمة بشيء (نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض • رقم • ص ٦٢) — وانظر أيضاً أوبرى ورو ١٢ ص ١٠٨ وهامش رقم ٤ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦١ ص ١٠٣٤ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٠١ ص ٣٧٦ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٠٩ .

ولذلك يكون من الأدق تعريف الإقرار بأنه اعتراف شخص بادعاء يوجهه إليه شخص آخر (١).

ولكن لا يكون هناك إقرار إذا كانت الواقعة المسلم بها ليست محل ادعاء من جانب الخصم ولا محل إنكار من جانب المقر. فإذا بلغ رب العمل عن وقوع حادث لأحد عماله وفقاً لأحكام قانون إصابات العمل ، فلا يعد هذا إقراراً من جانب رب العمل بمسئوليته عن هذا الحادث (٢).

وإذا كان يغلب في الإقرار أن يقصد المقر أن يؤخذ بإقراره وأن تترتب في ذمته نتائج قانونية ، إلا أن وجود هذا القصد عنده لا يشترط لقيام الإقرار. فقد يصدر الإقرار من شخص لمجرد تقرير الواقع دون أن يقصد ، وحتى دون أن يعرف ، النتائج القانونية التي تترتب على هذا الإقرار. بل إن نية الإقرار ذاتها لا تشترط ، فقد يقر الشخص بوقائع لم يكن معترفاً بها وهو في صدد الدفاع عن حقه ، أو وهو في صدد استجواب المحكمة أو الخصم له ، دون أن يشعر أنه قد أدلى بأى إقرار. والمهم أن يكون الإقرار قد صدر عن اختيار لا عن إجبار (٣).

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦١ ص ١٠٣٤ .

(٢) نقض فرنسي ٢٣ يولية سنة ١٩٠٢ داللو ١٩٠٣ — ١ — ٢٧٤ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦١ ص ١٠٣٤ — ولا يعد إقراراً بالمسئولية ما يقوم به رب العمل من إسعاف العامل بدافع الشفقة والإحسان (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦١ ص ١٠٣٤ هامش رقم ٣) .

(٣) نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٨ ص ١٠٧ — نقض فرنسي ١٥ أبريل سنة ١٨٩٩ داللو ٩٩ — ١ — ٥٢١ — ١٢ يونيه سنة ١٨٩٩ سيريه ١٩٠٠ — ١ — ١٣٦ — بارتان على أوبري ورو ١٢ ص ١٠٧ — دي باج ٣ ص ١٠٢٨ — ١٠٣٢ ص ١٠٣٢ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦١ ص ١٠٣٤ — ص ١٠٣٥ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٠٤ — قارن (عكس ذلك) : ديمولومب ٣٠ فقرة ٤٥٠ — هيك ٨ فقرة ٣٤٦ — لوران ٢٠ فقرة ١٥٩ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٠١ — المؤجر للمولف فقرة ٦٥٤ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٤٨٩ — المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٢ — ص ٤٣٣ — نقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٧ ص ٢٠٣ . والمسألة على كل حال محل للنظر . وسنرى أن الإقرار القضائي ينطوى على نزول من جانب المقر عن حقه في مطالبة خصمه بالإثبات ، والنزول يتضمن القصد ، لذلك كان الأولى اشتراط القصد في الإقرار القضائي على الأقل .

٢٤٥ - صور الإقرار وشكله : وليس للإقرار شكل خاص ،

بل إن له صوراً متعددة . فهو قد يكون صريحاً أو ضمنياً . والصريح قد يكون مكتوباً أو شفوياً . وفي جميع الأحوال يكون الإقرار قضائياً أو غير قضائي .

والغالب أن يكون الإقرار صريحاً . فيكون تقريراً (déclaration) يصدر من المقر بوقائع يعترف بصحتها . وقد يكون هذا التقرير مكتوباً ، ولا يشترط شكل خاص في هذه الكتابة . فيجوز أن يكون الإقرار وارداً في كتاب أو في برقية أو في أية رسالة أخرى بوجهها المقر إلى الطرف الآخر . ويجوز أن يكون في ورقة مستقلة تعطى للمقر له يتخذها سنداً . ويجوز أن يكون وارداً في صحيفة الدعوى ، أو في مذكرة يقدمها الخصم المقر للمحكمة ، أو في طلبات مكتوبة بوجهها الخصم المقر للخصم الآخر . كذلك قد يكون الإقرار شفوياً . فان كان خارج القضاء ، أمكن الاستشهاد على صدوره بشهود فيما يمكن سماع الشهادة فيه . وإن كان إقراراً قضائياً، صح أن يكون في أثناء تحقيق أو استجواب أو في الجلسة ذاتها، وفي هذه الأحوال يدون الإقرار في محضر التحقيق أو محضر الاستجواب أو محضر الجلسة ، فيسهل بذلك الثبوت من صدوره ومن مضمونه .

ويندر أن يكون الإقرار ضمنياً أو مستخلصاً من مجرد السكوت . فلا يستخلص من تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب ولا من امتناعه عن الإجابة عند استجوابه من المحكمة أو من الخصم ، فهذا لا يكون إلا بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة يستكمل بالبينة والقرائن^(١) . وقد نصت المادة ١٦٦ من تقنين المرافعات ، كما رأينا ، على أن « للمحكمة أن تستجوب من يكون حاضراً من الخصوم ، ولكل منهم أن يطلب استجواب خصمه الحاضر » . ونصت المادة ١٦٧ من هذا التقنين على أن « للمحكمة كذلك أن تأمر بحضور الخصم لاستجوابه ، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصمه ، وعلى من تقرر استجوابه أن يحضر بنفسه . الجلسة التي حددها القرار » . ثم نصت المادة ١٧٣ على أنه « إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول ، أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني ، جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال

(١) استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٤٣ .

التي ما كان يجوز فيها ذلك»^(١). أما نكول الخصم عن حلف اليمين أو ردها ، ونكول من ردت عليه اليمين عن حلفها ، فإن ذلك يكون بمثابة الإقرار . وفي الحقوق التي تتقادم بسنة واحدة ، كحقوق التجار والصناع والعمال والخدم ، يقوم التقادم على افتراض الوفاء ، ومن ثم يجب على المدين أن يتمسك بالتقادم وأن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلاً (م ٣٧٨ مدني) . فالامتناع عن التمسك بالتقادم يكون بمثابة إقرار ضمنى بعدم الوفاء^(٢) . كذلك دفع دعوى الدائن بأن الدين قد انقضى لسبب غير الوفاء ، كالمقاصة أو الإبراء ، يكون بمثابة إقرار ضمنى بأن الدين لم يوف ، ومن ثم إذا تبين أن الدفع بالمقاصة أو الإبراء غير صحيح لم يجوز للمدين أن يلجأ بعد ذلك إلى الدفع بالوفاء^(٣) .

ثم إن الإقرار ، في جميع الصور المتقدمة ، قد يكون خارج القضاء ويسمى إقراراً غير قضائي (aveu extrajudiciaire) ، أو يكون أمام القضاء ويسمى إقراراً قضائياً (aveu judiciaire) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان من حق الخصم أن يطلب استجواب خصمه ، إلا أن المحكمة ليست ملزمة بإجابة هذا الطلب ، بل الأمر متروك لسلطانها المطلقة في التقدير ، فإذا رفض الحكم إجابة هذا الطلب لعدم تعلق الوقائع المطلوب الاستجواب عنها بالدعوى ، كان تسيبه كافياً ولا تجوز إثارة الجدل بشأنه (نقض مدني ٣ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٠ ص ٦٦٨) — وانظر المادة ١٦٨ من تقنين المرافعات الجديد ، وهي تقضي بأنه إذا رأت المحكمة أن الدعوى ليست في حاجة إلى استجواب رفضت طلب الاستجواب . وانظر : نقض مدني ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٩ ص ١٨٣ . وكان تقنين المرافعات السابق يجيز اعتبار تخلف الخصم عن الحضور أو امتناعه عن الإجابة بمثابة إقرار ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر في هذا المعنى أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٤) . — انظر : بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٠٥ .

(٢) بلانيول وريبير وجابولده ٧ فقرة ١٥٦٣ — وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن من يواجه بواقعتين ، فينكر إحداها إنكاراً صريحاً ويسكت عن الثانية ، يعتبر سكوته إقراراً بالواقعة التي سكت عن إنكارها (نقض فرنسي ١٤ مايو سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢ — ١ — ٢٢٤ — بودرى وبارد ٤ ص ٣٧٦ هامش رقم ١) .

(٣) انظر في أن تنفيذ العقد يعتبر بمثابة إقرار ضمنى بوجوده : دي باج ٣ ص ١٠٥٩ — (ص ١٠٦١) — وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد الإقرار الضمنى ما يأتي : « وليس شك في أن الأصل في الإقرار أن يكون صريحاً ، وأن الاقتضاء فيه استثناء من حكم هذا الأصل ، فلا يجوز قبول الإقرار الضمنى ، والحالة هذه ، ما لم يقدم دليل يقينى على وجوده ومرماه . وهذا هو المعنى الذى استظهره تقنين المرافعات البلجيكي في المادة ٣٣٠ إذ فرع على توافر هذه العناصر جواز اعتبار الوقائع ثابتة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٣) .

٢٤٦ — الإقرار غير القضائي : لم يعرض التقنين المدني الجديد ولا

التقنين المدني السابق للإقرار غير القضائي . ومعنى ذلك أن الأمر فيه متروك للقواعد العامة . أما التقنين المدني الفرنسي فقد ذكر في المادة ١٣٥٤ أن الإقرار الذي يحتاج به على الخصم إما أن يكون خارج القضاء أو أمام القضاء . ثم نص في المادة ١٣٥٥ على أن « الادعاء بصدور إقرار شفوي محض خارج القضاء لا يجدي في جميع الأحوال التي لا يجوز فيها إثبات الدعوى بالبينة »^(١) . ثم عرض في المادة ١٣٥٦ للإقرار أمام القضاء وبين أحكامه ، فذكر أنه حجة كاملة على المقر ، وأنه لا تصح تجزئته ، ولا الرجوع فيه إلا لغلط في الواقع^(٢) . ويستخلص الفقه الفرنسي من أن المادة ١٣٥٦ من التقنين المدني الفرنسي بينت أحكام الإقرار القضائي وسكتت عن أحكام الإقرار غير القضائي أن أحكام النوع الأول من الإقرار لا تسرى على النوع الثاني . فالإقرار غير القضائي ليس حجة قاطعة ، ولا هو غير قابل للتجزئة ، ولا غير قابل للرجوع فيه حتى دون إثبات غلط وقع فيه المقر . بل هو موكول إلى القاضي ، يقدر ، وفقاً لظروف الدعوى وملابساتها ، قوته في الإثبات . فله أن يجعله حجة قاطعة أو أن يجرده من هذه الحجية ، وله أن يرفض تجزئته أو أن يجزئه ، وله ألا يقبل الرجوع فيه أو أن يجيز فيه الرجوع ، ولا يخضع في شيء من ذلك لرقابة محكمة النقض^(٣) .

(١) وهذا هو النص في أصله الفرنسي :

L'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal est inutile toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait point admissible.

(٢) وستحدد دائرة الإقرار غير القضائي ضمناً عندما نحدد منطقة الإقرار القضائي فيما يلي ، فما يخرج عن هذه المنطقة يكون إقراراً غير قضائي . وبحسبنا الآن أن نذكر أن الإقرار غير القضائي يصدر خارج القضاء أو أمامه ولكن في غير إجراءات الدعوى التي رفعت بالواقعة المقر بها . وقد نصت المادة ٩٥ من قانون البينات السورى على أن « الإقرار غير القضائي هو الذي يقع في غير مجلس الحكم أو يقع في مجلس الحكم في غير الدعوى التي أقيمت بالواقعة المقر بها ».

(٣) أوبرى ورو ١٢ ص ١٣٢ — ص ١٣٣ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٨ ص ١٤٠٣ — وانظر في أن الإقرار غير القضائي ليس كما يعتبره الفقه التقليدي صورة غير كاملة من الإقرار القضائي ، بل هو الأصل الذي نسج على منواله الإقرار القضائي : بارتان في تعليقاته على أوبرى ورو ١٢ ص ١٣٢ هامش رقم ٤٠ مكرر ٤ . وقارن بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٢٨٢ .

وفي القانون المصرى أيضاً يخضع الإقرار غير القضائى للقواعد العامة كما قدمنا . ومن ثم يحسن التمييز بين إثبات قيامه وبين حجيته فى الإثبات .

فالإقرار غير القضائى يقوم بصدوره من المقر شفويّاً أو فى ورقة مكتوبة . فان كان شفويّاً ، وأنكره من نسب إليه ، وجب على من يحتج به أن يثبت أولاً صدوره من خصمه . ويخضع فى ذلك للقواعد العامة فى الإثبات . وقد نصت المادة ٢٢٢ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى على أن «الإقرار غير القضائى ، أى الإقرار فى غير مجلس القاضى ، يجب إثباته وفقاً للقواعد العامة المختصة بالإثبات» . فان كانت قيمة الدعوى لا تزيد على عشرة جنيهات ، جاز له إثبات صدور الإقرار من خصمه بالبينه والقرائن . وإن زادت قيمة الدعوى على هذا المقدار ، لم يجز إثبات صدور الإقرار إلا بالكتابة وفقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن^(١) . على أنه يصح أن المقر يعترف أمام القضاء بالإقرار الشفوى الصادر منه خارج القضاء ، فيصبح الإقرار غير القضائى ثابتاً بإقرار قضائى . ولكنه يبقى مع ذلك إقراراً غير قضائى ، لأن الإقرار هنا ليس إقراراً بالدعوى ذاتها ، بل هو ليس إلا إقراراً بالإقرار الصادر خارج القضاء ، فيكون أثره محصوراً فى هذا النطاق^(٢) . ومن ثم يكون أمام القاضى لإثبات الدعوى إقرار غير قضائى ثبت وجوده ، فيقدر قوته فى الإثبات على النحو الذى يقدر به قوة أى إقرار آخر غير قضائى . أما إذا كان الإقرار غير القضائى فى ورقة مكتوبة ، كان هذا الإقرار هو الطريق لإثبات الدعوى ذاتها بعد أن ثبت قيامه بهذه الورقة^(٣) .

(١) بور سعيد ٥ سبتمبر ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٢٦ ص ٤٥٣ .
(٢) ومن ثم يكون هناك إقراران : إقرار قضائى ثبت به الإقرار غير القضائى وتراعى فيه أحكام الإقرارات القضائية ، وإقرار غير قضائى هو الذى ثبت بالإقرار القضائى وتراعى فيه أحكام الإقرارات غير القضائية . وهذا بخلاف ما إذا كان هناك إقرار غير قضائى ، ثم يجدده المقر أمام القضاء ، ولا يكتفى بمجرد الإقرار بصدوره منه خارج القضاء . فكل الإقرارين هنا — القضائى وغير القضائى — ينصب على واقعة واحدة ، ويؤخذ بالإقرار القضائى فى هذه الحالة كطريق لإثبات الدعوى ذاتها لا لمجرد إثبات الإقرار غير القضائى . (أوبرى ورو ١٢ ص ١١٣ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٠٦ ص ٤٠٣ ، قارن بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٨ ص ١٠٤٣) . انظر : طنطا الكلية أول مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤٣٩ ص ٩٤٨ .
(٣) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٤٩ — قارن : استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣٧ .

فاذا ما ثبت قيام الإقرار غير القضائي على النحو الذى قدمناه ، كانت له حجية فى الإثبات تتبع إلى حد كبير الصورة التى قامت به^(١) . فان قامت به صورة إقرار مكتوب ، فله قوة الكتابة التى تضمنته ، رسمية كانت أو عرفية ، على التفصيل الذى قدمناه فى الكتابة^(٢) . ومن ثم يكون الإقرار غير القضائي الوارد فى ورقة رسمية له حجية الورقة الرسمية . فهو ، من حيث صدوره من المقر ، له حجية كاملة إلى حد الطعن بالتزوير . ومن حيث صحة الإقرار فى ذاته ، له حجية على المقر ولكن للمقر إثبات عكس ما جاء فى إقراره وأنه لم يكن إلا إقراراً سورياً أو إقراراً متواضعاً عليه بينه وبين خصمه أو نحو ذلك ، على ألا يثبت ذلك إلا بالكتابة لأنه يثبت عكس ما جاء فى ورقة مكتوبة . ومن حيث أثره القانوني ، يخضع الإقرار غير القضائي للقواعد العامة إذ لم يرد فى شأنه نص خاص ، فهو حجة على المقر ما لم يثبت عدم صحته على النحو الذى قدمناه ، وهو قابل للتجزئة ، وهو كذلك قابل للرجوع فيه فى الحدود التى تسمح بها القواعد العامة . والمهم فى شأنه أنه لما كان إقراراً صادراً خارج القضاء فان للقاضي سلطة واسعة فى تقدير قوته فى الإثبات ، ذلك أن صاحبه يكون عادة

= والظاهر فى الفقه الإسلامى أن العبرة فى الإقرار المكتوب بالإشهاد عليه ، فإن لم يستشهد المقر على كتابه بشهود فالكتاب لا يصلح إقراراً . جاء فى الفتاوى الهندية : « رجل كتب على نفسه صكاً عند قوم ، ثم قال اختموا عليه ولم يقل اشهدوا عليه ، لم يكن ذلك إقراراً ، ولا يحل لهم أن يشهدوا عليه بذلك المال ، وكذا لو قال الشهود أنشهد عليك بهذا فقال اختموا عليه . ولو قالوا أنتم هذا الصك ، فقال اشهدوا عليه ، كان إقراراً وحل لهم أن يشهدوا عليه ، كذا فى فتاوى قاضىخان . ولو قال للصكاك اكتب لفلان خط إقرار بألف درهم على ، يكون إقراراً ويحل للصكاك أن يشهد بالمال . وكذا لو قال للصكاك اكتب له خط بيع هذه الدار بكذا ، وكتب الصكاك أو لم يكتب ، فهو إقرار بالبيع . . . رجل قرأ على رجل صكاً بمال ، وقال له الآخر أشهد عليك بهذا المال الذى فى الصك ، فقال نعم ، كان ذلك إقراراً وحل له أن يشهد عليه ، كذا فى فتاوى قاضىخان . ومنها كتاب حسابه ، وهو ما يكتبه التجار فى صحائفهم ودفاتر حسابهم ، كذا فى المحيط . لو كتب فى صحيفة حسابه أن لفلان على ألف درهم ، وشهد شاهدان حضرا ذلك أو أقر هو عند الحاكم به ، لم يلزمه إلا أن يقول اشهدوا على به ، كذا فى المبسوط . (الفتاوى الهندية ٤ ص ١٦٧) .

(١) قارن بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٥ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١١٩ .

(٢) الموجز للمؤلف ص ٦٦١ — استئناف مصر ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٠٩ ص ٣٧٧ — ملوى ٣ سبتمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٣١ ص ٤٤٦ .

أقل حيلة في أمره ، وأقصر تمعناً في عواقبه ، مما لو كان إقراراً صادراً أمام القضاء^(١) . فتجزئته تكون أصعب من تجزئة الإقرار القضائي ، ولا تنقيد بالنص الذي ورد في هذه المسألة في شأن الإقرار القضائي ، وذلك حتى يعامل المقر إقراراً غير قضائي في يسر ، فقد يقر بالدين وباتقضائه عن طريق المقاصة ثم لا يتجزأ إقراره إذا رأى القاضي عدم التجزئة^(٢) . والرجوع فيه لغلط أو تدليس أو إكراه أو نقص في الأهلية جائز كما هو جائز في الإقرار القضائي ،

(١) وقد نصت المادة ١٠٢ من قانون البينات السوري على أن « الإقرار غير القضائي واقعة يعود تقديرها للقاضي ، ويجب إثباتها وفقاً للقواعد العامة المختصة بالإثبات » - وقضت محكمة النقض بأن الإقرار الوارد في صحيفة دعوى غير دعوى النزاع ، وإن كان لا يعد إقراراً قضائياً ملزماً حتماً ، هو إقرار مكتوب صدر في مجلس القضاء . ومثل هذا الإقرار يترك تقديره لمحكمة الموضوع . فلها مع تقدير الظروف التي صدر فيها والأغراض التي حصل من أجلها أن تعتبره دليلاً مكتوباً أو مبدأً ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة ، كما لها ألا تأخذ به أصلاً . فإذا هي اعتبرته دليلاً كتابياً ، كان ذلك في حدود سلطتها التقديرية التي لا معقب عليها من محكمة النقض (نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤ ص ٣٠ — ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٠ ص ٦٠٠) . انظر أيضاً : الزقازيق استئناف ١٩ مايو سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٢/١٠ — ملوي ١٥ أكتوبر سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٣٧ — منوف ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٩٦ ص ٩٠٤ — المنيا الكلية ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢ ص ٢٩ — قنا استئناف ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١ ص ١٩٧ — ديرانتون ١٣ فقرة ٥٤٠ — ديمولومب ٣٠ فقرة ٥٤٤ بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٠٦ و فقرة ١٣١٣ .

(٢) فهناك أحكام كثيرة لا تجزئ الإقرار غير القضائي : استئناف مختلط ٣١ أكتوبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٣٧٢ — ٣ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤٠٠ — ٢٣ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٢ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٣٧ — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الإقرارات التي تصدر من الشخص في تحقيق البوليس لا تعتبر إقراراً واحداً لا يتجزأ ، بل هي جملة من الإقرارات مستقلة بعضها عن بعض ، ويجوز الأخذ ببعضها دون البعض الآخر ، فإذا أخذ بإقرار منها فلا يجوز تجزئته (٢١ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٦) . على أن الإقرار غير القضائي قابل للتجزئة إذا رأى القاضي ذلك ، وقد قضت محكمة النقض بأن الأقوال الصادرة من أحد الخصوم أمام الخبير المنتدب في دعوى غير الدعوى المنظورة هي من قبيل الإقرار غير القضائي ، فتجوز تجزئتها والأخذ ببعضها دون بعض (نقض مدني ١٥ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠١ ص ٦٠١) — انظر أيضاً في معنى جواز التجزئة : استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٠٩ — منوف ١٨ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٢/٧٩ — توليه ١٠ فقرة ٣٤٠ — ديمولومب ٣٠ فقرة ٥٥٤ . عكس ذلك بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٥ .

بل يصح الرجوع فيه لغلط في القانون^(١) .

وإذا كان الإقرار غير القضائي مكتوباً في ورقة عرفية ، كانت له حجية هذه الورقة . فهو ، من حيث صدوره من المقر ، له حجية كاملة ولكن إلى حد الإنكار لا إلى حد الطعن بالتزوير . ومن حيث صحة الإقرار في ذاته ومن حيث أثره القانوني ، لا فرق في ذلك بين الورقة العرفية والورقة الرسمية ، وما قلناه هناك يقال هنا .

وإن قامت بالإقرار غير القضائي صورة إقرار شفوي ، فأمر إثباته كما قدمنا موكل إلى القواعد العامة . ولكن متى اعتبر القاضي أنه قد ثبت وجب أن تكون حجيته في الإثبات هي نفس حجية الإقرار المكتوب ، ففي الحالتين قد ثبت أن هناك إقراراً غير قضائي قائماً ، فوجب ألا تتغير حجيته في حالة عما هي في الحالة الأخرى . ومن ثم يكون لهذا الإقرار حجية كاملة من حيث صدوره من المقر ، ولا محل هنا للطعن بالتزوير ولا للإنكار ، فان هذين الوجهين لا يصلحان إلا بالنسبة إلى الورقة المكتوبة . ويكون لهذا الإقرار حجية كاملة من حيث صحته في ذاته إلى أن يثبت من نسب إليه الإقرار عدم صحته ، وله الإثبات بجميع الطرق إذا كان الإقرار ذاته قد ثبت بالبينة والقرائن . ويكون لهذا الإقرار أخيراً أثره القانوني وفقاً للقواعد العامة ، فيخضع في تجزئته وفي جواز الرجوع فيه للقواعد ذاتها التي يخضع لها الإقرار المكتوب^(٢) .

(١) وسنرى أن الإقرار القضائي نفسه يتأثر بالغلط في القانون — ويجوز ، تبعاً للظروف وحسب تقدير القاضي ، الرجوع في الإقرار غير القضائي حتى لو لم يوجد غلط أو تدليس أو إكراه (لارومبيير ٧ م ١٣٥٦ فقرة ٣١ — ديمولومب ٣٠ فقرة ٥٥٥ — عكس ذلك بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٥) . ولا رقابة لمحكمة النقض على تقدير قاضي الموضوع في كل ذلك (انظر في هذا المعنى بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣١٨ — فقرة ١٣١٩ — وانظر عكس ذلك بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٥) .

(٢) يميز التقنين المدني الليبي ، في الإقرار خارج مجلس القضاء ، بين الإقرار الذي يفضى به المقر مباشرة لحصه أو نائب عنه ، وهذا يجعل له حجية الإقرار القضائي لأن الخصم في العادة لا يقر لحصه مباشرة بحق عليه إلا إذا كان هذا الحق في ذمته ، وبين الإقرار الذي يفضى به المقر لشخص ثالث ، والإقرار الموجود في وصية للمقر . فالإقرار لشخص ثالث — دون الخصم مباشرة — لا تلاجه الحيلة التي تلابس الإقرار للخصم . والإقرار في وصية تدخله مظنة أن يكون الإقرار جزءاً من هذه الوصية أضنى عليه الموصي صورة الإقرار . ومن ثم ترك التقنين الليبي للقاضي سلطة البت في تقدير حجية الإقرار في هاتين الحالتين . وهذا هو نص المادة ٣٩٨ من التقنين المدني الليبي الذي وردت فيه هذه الأحكام : «الإقرار الذي يفضى به للخصم أو لمن =

٢٤٧ — الإقرار القضائي : وننتقل الآن إلى الإقرار القضائي ، وهو الذي أفردته التقنين المدني بالذكر ، وعناؤه وحده بلفظ « الإقرار » ، وخصه بقواعد تميزه عن الإقرار غير القضائي (١) .

ونبحث الإقرار القضائي — ونطلق عليه لفظ « الإقرار » دون نعت كما فعل التقنين المدني — وتتناول في البحث : (أولا) أركانه ، و (ثانياً) حججه في الإثبات .

الفرع الأول

أركان الإقرار

٢٤٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ٤٠٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه ، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة (٢) » .

= يمثل خارج مجلس القضاء يعد إقراراً قضائياً في نفس الدرجة والمفعول . وإذا أفضى بالإقرار لشخص ثالث ، أو وجد الإقرار في وصية ، فتترك حرية البت فيه لتقدير القاضي . ولا يجوز إثبات الإقرار المدعى به خارج مجلس القضاء عن طريق شهود إذا كان منصبا على موضوع لا يسمح القانون لإثباته بشهود » .

(١) ويحسن التمييز بين مسائل ثلاث : (أ) العبارة المنسوب صدورها إلى الخصم ، وهل صدرت منه فعلا : وهذه مسألة موضوعية . (ب) وبفرض ثبوت صدورها ، هل يمكن تفسيرها على أنها إقرار : وهذه أيضا مسألة موضوعية . (ج) وبفرض أنها إقرار ، فهل هذا الإقرار قضائي أو غير قضائي : وهذه مسألة قانون (انظر أنسيكلوبيدي دالوز في القانون المدني preuve فقرة ٩٣٤) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٤٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « الإقرار هو اعتراف الخصم أو من ينوب عنه نيابة خاصة بواقعة قانونية مدعى بها عليه . ويكون صدوره أمام القضاء أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة » . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً طفيفاً وحذفت عبارة « أو من ينوب عنه نيابة خاصة » لأن محلها باب الوكالة (م ٧٠٢ فقرة ١ مدني) ، فأصبح النص هو ما استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة =

(٣١ الوسيط — ج ٢)

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادتين ٩٣ و ٩٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٦١ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢١٠ ، وفي التقنين المدني الليبي م ٣٩٦^(١) .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٥٤ والفقرة الأولى من المادة ١٣٥٦^(٢) .

ويتبين من نص التقنين المدني المصري أن للإقرار أركاناً أربعة : (١) اعتراف الخصم (٢) بواقعة قانونية مدعى عليه بها (٣) أمام القضاء (٤) أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة^(٣) .

= ٢١٤ في المشروع النهائي . ووافق على النص مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٨ ، فجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣١ — ص ٤٣٤) .

(١) نصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ٩٣ : الإقرار هو إخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لآخر . م ٩٤ : الإقرار القضائي هو اعتراف الخصم أو من ينوب عنه نيابة خاصة بواقعة قانونية مدعى بها عليه ، وذلك أمام القضاء ، أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة . (والحكم واحد في القانون السوري والتقنين المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٦١ : الإقرار هو إخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لآخر . (والحكم واحد في التقنينين العراقي والمصري) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢١٠ : الإقرار هو اعتراف فريق بأمر ادعى به عليه . والإقرار يكون قضائياً وغير قضائي . (ولا يوجد في التقنين اللبناني تعريف خاص بالإقرار القضائي ، ولكن يفهم من مجموع نصوصه أن حدود الإقرار القضائي هي نفس الحدود المقررة في التقنين المصري) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٣٩٦ : مطابقة لنص التقنين المصري .

(٢) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٥٤ : الإقرار الذي يحتج به على الخصم يكون إما إقراراً غير قضائي وإما إقراراً قضائياً — م ١٣٥٦ فقرة أولى : الإقرار القضائي هو اعتراف الخصم أمام القضاء بنفسه أو بمن فوضه في ذلك تفويضاً خاصاً .

Art. 1354 : L'aveu qui est opposé à une partie, est ou extrajudiciaire ou judiciaire.

Art. 1356 el. 1. : L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial.

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٢ — ص ٤٢٢ — وكون الأقوال المنسوبة إلى الخصم تعتبر إقراراً منه لتوافر هذه =

٢٤٩ — الركن الاول — اعتراف الخصم . الإقرار اعتراف يصدر

من المقر . والاعتراف تقرير (déclaration) لواقعة معينة على اعتبار أنها حصلت . ولا شك في أن التقرير على هذا النحو هو عمل مادي ، كالشهادة والكتابة والتوثيق والحلف . فالإقرار إذن في أصله عمل مادي ، أى واقعة قانونية (fait juridique) ، وليس بتصرف قانوني (١) .

ولكن الإقرار من جهة أخرى ، ينطوى على نزول من جانب المقر عن حقه في مطالبة خصمه باثبات ما يدعيه ، كما سنبين فيما يلي . والنزول (renonciation) تصرف قانوني من جانب واحد (acte juridique unilatéral) . فيكون التكييف الصحيح للإقرار إذن هو أنه واقعة مادية تنطوى على تصرف قانوني (٢) . فهو واقعة مختلطة (fait mixte) ، مثله في ذلك مثل الوفاء (paiement) والاستيلاء (occupation) ، فكلاهما واقعة مادية تنطوى على تصرف قانوني : الوفاء ينطوى على إرادتين متطابقتين في إنهاء الدين ، والاستيلاء ينطوى على إرادة تملك المال محل الاستيلاء (٣) .

= الأركان الأربعة ، أو لا تعتبر لعدم توافرها ، مسألة من مسائل القانون . وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار القضائي هو اعتراف خصم بالحق المدعى به في مجلس القضاء قاصداً بذلك إعفاءه من إقامة الدليل عليه ، وكون الأقوال المنسوبة إلى الخصم تعتبر إقراراً منه أو لا تعتبر مسألة قانونية تدخل تحت رقابة محكمة النقض (نقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٧ ص ٢٠٣) — أما ثبوت وقوع هذه الأركان مادياً فهي مسألة موضوعية متروكة تقديرها لمحكمة الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيها (نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٨ ص ١٠٧ — ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١٠ ص ٢٣٤) .

(١) قارب بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٨٨ ص ٧٢١ هامش رقم ١ .
(٢) قارب أوبري ورو ١٢ ص ١١٣ - ص ١١٤ - دي باج ٣ ص ١٠٢٨ - ص ١٠٣٢ - وقارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٠٤ - فقرة ١٠٥ - وفي الفقه الإسلامي الإقرار إخبار الإنسان عن ثبوت حق بغيره على نفسه ، وهو إخبار لا إنشاء ، ولذلك لا يحتمل التعليق بالشرط ولا اشتراط الخيار ، ولا يتوقف على القبول وما فيه تملك مال من وجه يرتد بالرد وإلا فلا كأبطال شفعة وطلاق وعتاق (الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ١١٨ - ص ١٣٠) .

(٣) وسنرى أن كلا من توجيه اليمين الحاسمة وردها تصرف قانوني . أما الحلف نفسه فواقعة مادية . والنكول عن اليمين ، كالإقرار ، واقعة مادية تنطوى على تصرف قانوني .

ولما كان الإقرار واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني ، أى واقعة مختلطة كما قدمنا ، كان لكل من هاتين الناحيتين فيه — الواقعة المادية والتصرف القانوني — نتائج قانونية .

فالإقرار من حيث انه واقعة مادية لاحاجة فى تمامه إلى قبول من الخصم الذى صدر الإقرار لصالحه . وسواء صدر الإقرار أثناء استجواب أو فى الجلسة أو ضمن مذكرات القضية وأوراقها ، فان مجرد صدوره من صاحبه يجعله قائماً لا يتوقف فى قيامه على قبول من الخصم الآخر . وإذا كان هذا الخصم الآخر يطلب عادة إثبات الإقرار فى المحضر ، فهو يفعل ذلك لا لإظهار قبوله إياه ، بل لتسجيله كما صدر حتى يتيسر الرجوع إليه دون أن يقع اختلاف فى مضمونه^(١) . ويترب على ذلك أن الإقرار إذا صدر لا يجوز للمقر الرجوع فيه بحجة أن الخصم المقر له لم يظهر بعد قبوله إياه ، إذ الإقرار تام نافذ بمجرد صدوره دون حاجة إلى قبول^(٢) .

والإقرار من حيث انه ينطوى على تصرف قانوني من جانب واحد لا يحتاج أيضاً إلى قبول . ثم انه يجب لصحته نفس الشروط الواجب توافرها لصحة هذا التصرف القانوني . فالمقر ، كما قدمنا ، إنما ينزل عن حقه فى مطالبة خصمه بإثبات الواقعة التى يدعيها ، وهذا النزول يجعل هذه الواقعة فى غير حاجة إلى الإثبات ، فتصبح مصدراً لا لزام المقر . ومن ثم يشترط لصحة هذا النزول — أى لصحة

(١) أوبرى ورو ١٢ ص ١١٧ .

(٢) أوبرى ورو ١٢ ص ١١٧ هامش رقم ١٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقره ١٥٦٦ — استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢١٤ — ومن ثم يجوز الإقرار للصبي غير المميز والمجنون (نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٩ ص ٧٩٨ — وانظر م ٤٦٣ فقرة ٢ مدنى عراقى) .

قارب المادة ٤٦٦ من التقنين المدنى العراقى ونصها : « ١ — لا يتوقف الإقرار على قبول المقر له ، ولكن يرتد برده . ٢ — وإذا رد المقر له مقداراً من المقر به ، فلا يبقى حكم الإقرار فى المقدار المردود ، ويصح الإقرار فى المقدار الباقي » . والمادة ٦٨ من نفس التقنين : « ١ — يلزم المرء بإقراره إلا إذا كذب بحكم . ٢ — ولا يصح الرجوع عن الإقرار » . وانظر أيضاً المادتين ٩٨ و ٩٩ من قانون البيئات السورى ، وقد نقلتا عن المادتين ٦٦ و ٦٨ من التقنين المدنى العراقى . وانظر فى تكذيب الحاكم للإقرار المادة ١٥٨٧ من المجلة وشرح سليم باز ص ٨٧٥ — ص ٨٧٦ .

الإقرار — ما يشترط لصحة التزام المقر بالواقعة التي أقر بها . فيجب إذن أن يكون المقر أهلاً للالتزام بهذه الواقعة ، وأن تكون إرادته غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة : غلط أو تدليس أو إكراه . فإذا كان المقر يقر بواقعة قرض مثلاً ، وجب أن يكون قد بلغ سن الرشد وألا يكون محجوراً ، حتى يكون أهلاً للالتزام بالقرض الذي أقر به ^(١) . ويجب ألا يكون قد وقع في غلط جوهري لا في الواقع ولا في القانون ^(٢) . كما لا يجوز أن يكون قد اندفع

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأهلية التي تشترط لصحة الأقارير هي أهلية المقر للتصرف فيما أقر به ، أما المقر له فلا يشترط فيه أهلية ما بل يجوز الإقرار للصبي غير المميز والمجنون (نقض مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٩ ص ٧٩٨ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه وإن كان القانون المصري (القديم — وكذلك الجديد) لم يأت بنص صريح كالذي جاء في الفقرة الأخيرة من المادة ١٣٥٦ مدني فرنسي التي تقرر أنه لا يجوز الرجوع في الإقرار إلا إذا ثبت أنه ناشئ عن خطأ في الأمر الواقع ، إلا أن القواعد القانونية العامة توجب العمل بهذا المبدأ ، فهي لا تسمح لأي إنسان بأن يثرى على حساب غيره بدون وجه حق ، وتسمح فضلاً عن ذلك بتصحيح الأخطاء المادية في الحساب الناشئة عن السهو والنسيان (٣ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٣٢٣/٢ ص ٣٨٤) . وقضت محكمة دمياط بأنه إذا بنى الإقرار على غلط في الواقع كأن يقر بدين على مورثه ثم يعثر بعد ذلك على مخالصة بين أوراق المورث ، ففي هذه الحالة يجوز للمقر العدول لأن اعترافه بأمر لم يكن موجوداً في الواقع (٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٢ رقم ٤٤٧ ص ٩٠١) .

هذا ويلاحظ أن التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٥٦) لا يجعل الإقرار معيباً إلا إذا كان الغلط في الواقع ، أما الغلط في القانون فلا يعتد به (انظر أيضاً المادة ٢٢٥ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني) . ولكن المقصود بالغلط في القانون الذي لا يعتد به هو الغلط في النتائج القانونية التي تترتب على الإقرار (أوبري ورو ١٢ ص ١١٩ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ ص ٩١٠ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٨١٢ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٢٨٩ — وانظر أيضاً المادة ٢٢٤ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني وتقضى بأنه لا يجوز للمقر الرجوع عن إقراره بحجة أنه لم يفقه نتائجه القانونية) . وعلى هذا المعنى يمكن القول أيضاً بأن الغلط في القانون لا يؤثر في الإقرار في القانون المصري ، فإقرار الوارث بوصية صدرت لوارث آخر لا يعيبه أن يكون الوارث المقر قد صدر منه الإقرار وهو يعتقد خطأ أن الوصية لوارث لا تزال غير جائزة ، فإذا تمسك المقر بهذا الغلط في القانون لا يجاب إلى طلبه في الرجوع عن إقراره (قارن الموجز للمؤلف ص ٦٨٥ هامش رقم ٢ — والمذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٠ — وقارن أيضاً الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٤٩٨ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١١٤) . أما الغلط في القانون الذي يعتد به في الإقرار في القانون المصري — وكذلك في القانون الفرنسي إذا أخذنا =

إلى إقراره بتدليس أو إكراه^(١). وهو الذى يحمل عبء إثبات ذلك إذا ادعاه^(٢). فان أثبت أنه لم يكن أهلاً أو أن إقراره قد شابته غلط جوهري أو تدليس أو إكراه ، كان الإقرار باطلاً، وكان له الرجوع فيه^(٣).

كذلك مادام الإقرار ينطوى على تصرف قانوني ، وما دام هذا التصرف هو النزول عن حق ، فان الإقرار يكون في حكم عمل من أعمال التصرف (acte de disposition) ، ويجب للتوكيل فيه أن تصدر وكالة خاصة ، فلا تكفى

= بالتفسير الذى سبقت الإشارة إليه — فهو الغلط الذى يقع ، لا في النتائج القانونية للإقرار ، بل في العناصر القانونية التى يقوم عليها ، وذلك كالغلط في حكم من أحكام القانون انبنى عليه صدور الإقرار . فإذا أقر وارث بملكية الموصى له للعين الموصى بها وهى تزيد على ثلث التركة ، وكان يعتقد وقت صدور الإقرار أن الوصية تجوز حتى لو جاوز الموصى به ثلث التركة ، فان له الرجوع في إقراره إذا أثبت هذا الغلط في القانون الذى وقع فيه .

(١) وقد جاء في الموجز للـ مؤلف في هذا الصدد ما يأتي : « لكن يجوز الطعن في الإقرار لغلط أو تدليس أو إكراه ، وهذه هى عيوب الرضاء ، فإذا كان المقر قد صدر منه الإقرار على أساس غلط وقع فيه ، كما إذا أقر وارث بدين في ذمة مورثه وهو يجهل أن هناك مخالصة بالدين ، فله أن يطعن في هذا الإقرار بالغلط إذا ما علم بعد ذلك بأمر هذه المخالصة . وإذا كان الإقرار قد صدر على أثر تدليس ، ولو من غير الخصم المقر له ، أو كان نتيجة إكراه ، فلمقر أن يطعن فيه كذلك. » (الموجز ص ٦٨٥) . هذا والتدليس والإكراه يمكن تصورهما في الإقرار إذا وقعا خارج المحكمة (قارن دى باج ٣ ص ١٠٢٨ — ١٠٣٢) .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٩٦ — ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٤٠ — ٢٤ مارس ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٩ — ١٧ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٧٤ .

(٣) وفي الفقه الإسلامى يبطل الإقرار بعد وجوده بتكذيب المقر له للمقر في حقوق العباد ، وبرجوع المقر عن الإقرار في حقوق الله تعالى . جاء في البدائع : « الإقرار بعد وجوده يبطل بشئين . أحدهما تكذيب المقر له في أحد نوعى الإقرار ، وهو الإقرار بحقوق العباد ، لأن إقرار المقر دليل لزوم المقر به ، وتكذيب المقر له دليل عدم اللزوم ، واللزوم لم يعرف بثبوته ، فلا يثبت مع الشك . والثاني رجوع المقر عن إقراره فيما يحتمل الرجوع في أحد نوعى الإقرار بحقوق الله تبارك وتعالى خالصاً كحد الزنا ، لأنه يحتمل أن يكون صادقاً في الإنكار ، فيكون كاذباً في الإقرار ضرورة ، فيورث شبهة في وجوب الحد » (البدائع ٧ ص ٢٣٢ — ص ٢٣٣) . ولا يسمع من المقر أنه كاذب في إقراره . ولكن للمقر أن يرجع في إقراره للإكراه لا للغلط : جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٣٧ و ١٤٠) « إقرار المكره باطل ... وفي كافى الحاكم من باب الإقرار في المضاربة : لو أقر المضارب بربح ألف درهم في المال ، ثم قال غلطت إنها خسارة ، لم يصدق وهو ضامن لما أقر به » .

لوكالة العامة^(١) . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال لإدارة ، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه المين والمرافعة أمام القضاء^(٢) » . ومن ثم لا يصح الإقرار من وكيل عام . ولا يصح الإقرار الصادر من محام^(٣) ، ما لم يكن التوكيل الصادر إلى هذا المحامي منصوباً فيه على تفويضه في الإقرار^(٤) . ولا يشترط تعيين محل لإقرار على وجه التخصيص (م ٧٠٢ فقرة ٢ مدني) . أما الولي والوصي والقيم فيصح إقرارهم عن الأصل في الحدود التي يجوز لهم فيها القيام بأعمال

(١) ما لم يكن الإقرار منصبا على عمل شخصي للوكيل يدخل في حدود وكالته العامة (انسيكلوبيدي دالوز في القانون المدني Preuve فقرة ٩٥٩) .

(٢) وقد رأينا عند استعراض تاريخ نص المادة ٤٠٨ أن المشروع التمهيدى لهذا النص (م ٥٤٦) كان يقضى بأن « الإقرار هو اعتراف الخصم أو من ينوب عنه نيابة خاصة بواقعة قانونية ... » ، وأن لجنة المراجعة حذفت عبارة « أو من ينوب عنه نيابة خاصة » لأن محلها باب الوكالة (م ٧٠٢ فقرة ١ مدني) .

(٣) فإذا صدر منه إقرار مبتدر (spontané) ، فإن هذا لا يكون حجة على الموكل : استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٦٧ .

(٤) فإذا فوض المحامي في الإقرار ، وصدر منه إقرار في مذكرة قدمها للمحكمة ولم يسحب الخصم ، أوخذ بهذا الإقرار (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٥٠) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ويجب أن يصدر الإقرار من الخصم أو من يفوض في ذلك بتوكيل خاص . فلا يجوز للوكيل أن يقر عن الموكل ، إلا أن يكون قد خول ولاية خاصة ، لأن الإقرار في حقيقته عمل تصرف لا عمل إدارة ، فهو يخرج بذلك عن نطاق الوكالة العامة . ولهذا العلة يشترط توقيع الموكلين أنفسهم على المذكرات التي تقدم من محاميهم إذا كانت تتضمن إقراراً ، إلا أن يكون المحامون مفوضين في الإقرار بتوكيل خاص (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٣) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه إذ نفى صدور إقرار من البائعتين قد استند إلى أن الإقرار الصادر من وكيليهما والمثبت بمحض انتقال القاضي المنتدب للمعاينة لا يصلح للاحتجاج به على الموكلتين لأنه لم يصدر بتوكيل خاص أو ضمن توكيل عام يبيح الإقرار بالملكية ، فإن هذا القول لا يخالف فيه للقانون (نقض مدني ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨١ ص ٤٧٤) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا بد من توكيل خاص في الإقرار : استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٧ - ٤ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٢٤ - ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٢ .

التصرف ، فيشترط إذن في كثير من الأحوال لصحة هذا الإقرار الحصول على إذن من المحكمة الحسبية^(١) . أما الإقرار بواقعة قانونية فحجته مقصورة عليهم ، إلا اذا كانت الواقعة عملاً من أعمال الإدارة المخولة لهم بحكم القانون^(٢) .

(١) وقد نصت المادة ٢٠ من قانون المحاكم الحسبية على تصرفات معينة لا يجوز للوصي مباشرتها إلا بإذن من المحكمة ، فالإقرار بأي تصرف منها باسم القاصر لابد فيه من إذن المحكمة الحسبية . وهذا هو نص المادة ٢٠ المشار إليها : « لا يجوز للوصي مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة : (أولاً) التصرف في أموال القاصر بالبيع أو الشراء أو المقايضة أو الشركة أو الإقراض أو الرهن أو أى نوع آخر من أنواع التصرفات الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عيني . (ثانياً) تحويل الديون التي تكون للقاصر وقبول الحوالة عليه . (ثالثاً) استثمار الأموال وتصفيتها واقتراض المال للقاصر . (رابعاً) إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ولمدة أكثر من سنة في المباني . (خامساً) إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة . (سادساً) قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها . (سابعاً) الانفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها من جهة مختصة . (ثامناً) الصلح والتحكيم . (تاسعاً) الوفاء بالالتزامات التي تكون على التركة أو على القاصر ما لم يكن قد صدر بها حكم واجب التنفيذ . (عاشرأ) رفع الدعاوى إلا ما يكون في تأخير رفعها ضرر بالقاصر أو ضياع حق له . (حادي عشر) التنازل عن الدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية في الأحكام . (ثاني عشر) التنازل عن التأمينات أو إضافتها . (ثالث عشر) إيجار الوصي أموال القاصر لنفسه أو لأحد أقاربه أو أصهاره أو لمن يكون الوصي نائباً عنه . (رابع عشر) ما يصرف في تزويج القاصر . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إقرار الوصي لا يسرى في حق القاصر عن وقائع سابقة على الوصاية (٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٧) . وقضى المجلس الحسبي العالي بأن الوصي لا يملك الإقرار بالدين ، فلا يجوز له أن يسدد ديوناً على القاصر لم تكن ثابتة (٢٧ يونية سنة ١٩١٦ المحاماة ١ رقم ٤٠ ص ٢٤٩) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يجوز للواقف أن يقر بدين على الوقف بعد إنشائه (٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٢ ص ٧٥٦) . هذا وتنص المادة ٤٦٢ من التقنين المدني العراقي على أنه « يشترط أن يكون المقر عاقلاً بالغاً غير محجور عليه ، فلا يصح إقرار الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه . ولا يصح على هؤلاء إقرار أوليائهم وأوصيائهم والقوام عليهم ، ولكن الصغير المأذون يكون لإقراره حكم إقرار البالغ في الأمور المأذون فيها » . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٤٦٣ من هذا التقنين على أنه « لا يشترط أن يكون المقر له عاقلاً ، فلو أقر أحد بمال للصغير غير المميز صح إقراره » — انظر أيضاً المادة ٩٦ من قانون البيئات السوري ، وهي منقولة عن المادة ٤٦٢ من التقنين المدني العراقي . وقد نصت المادة ٢٢٣ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أن « يكون الإقرار باطلاً إذا لم يكن المقر حائزاً للأهلية أو الصلاحية الكافية » :

(٢) انظر في هذا المعنى أوبري ورو ١٢ ص ١١٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٥ ص ١٠٤٠ — والإقرار الصادر من مثلي الشخص المعنوي (شركة أو جمعية أو نحو ذلك) =

وأخيراً مادام الإقرار ينطوي على تصرف قانوني ، فانه يرد عليه ما يرد على التصرفات القانونية من احتمال الصورية والتواطؤ^(١) . فقد يكون الإقرار صورياً تواطأً عليه المقر والمقر له اضراراً بحقوق الغير كالدائنين والخلف ، ويجوز لهؤلاء اثبات الصورية بجميع الطرق ولو بالبينة والقرائن ، فاذا أثبتوها لم ينفذ الإقرار في حقهم^(٢) . والإقرار الصادر في مرض الموت يعتبر في حكم الوصية ، فلا ينفذ إلا من ثلث التركة^(٣) . على أن الإقرار يصح ولو كان خالياً من ذكر سببه السابق عليه ، لأنه ليس منشئاً للحق بل هو مظهر له ، ومن ثم كان حكمه هو ظهور ما أقر به المقر لا ثبوته ابتداءً^(٤) .

= يعتبر إقراراً صادراً من الشخص المعنوي نفسه (بلانيول وريبير وبولانجي : فقرة ٢٢٨٥) .

(١) استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٨٦ — وقد جاء في الموجز للمؤلف في هذا الصدد ما يأتي : « وكما يجوز الطعن في الإقرار بعيب من عيوب الرضاء ، يجوز الطعن فيه أيضاً بالتواطؤ فيما بين المقر والمقر له ، غير أن الطعن في الحالة الأولى يكون من المقر نفسه ، وفي الحالة الثانية يكون من الغير الذي أضر به هذا التواطؤ . فقد يتواطأ شخص مع آخر على أن يقر له بحق إضراراً بدائنه ، فيجوز للدائن أن يطعن في الإقرار بالدعوى البولسية أو بالصورية على حسب الأحوال » (الموجز ص ٦٨٥ والأحكام المشار إليها في هامش) .

(٢) أوبري ورو ١٢ ص ١١٠ .

(٣) انظر في إقرار المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي : « طرق القضاء في الشريعة الإسلامية » للأستاذ أحمد إبراهيم ص ١٨٥ — ص ٢٢٥ — البدائع ٧ ص ٢٢٤ — ص ٢٢٨ — الفتاوى الهندية ٤ ص ١٧٦ — ص ١٨٥ . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن إقرار الإنسان في مرض موته بدين لأحد ورثته يكون موقوفاً على اجازة باقيهم ، فإن أجازوه كان معتبراً ، وإلا فلا (٢٩ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٥٣٤ ص ٨٥٦ — على أنه بعد إباحة الوصية للوارث في ثلث التركة يكون الإقرار لوارثه نافذاً في هذا القدر ولو من غير اجازة باقي الورثة) . أما إذا صدر الإقرار في حال الصحة فانه يكون نافذاً دون تقييد بثلث التركة ، وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الإقرار بالدين يكون صحيحاً ولو ستر تبرعاً متى كان منجزاً وصادراً في حال الصحة ، سواء كان لوارث أو لغير وارث (١٩ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩٥ ص ٦٣١) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار يعتبر دليلاً تقدم الاستحقاق عليه في زمن سابق ، فيكون صحيحاً ولو كان خالياً من ذكر سببه السابق عليه . فاذا أقر المشتري على نفسه بأن الأرض التي اشتراها والمكلفة بإسمه هي ملك لوالده ، واعتبرت محكمة الاستئناف أن عقود شراء تلك الأطنان جدية ، كما اعتبرت في الوقت ذاته أن الإقرار اللاحق لها صحيح وحجة على المقر =

٢٥٠ — الركن الثاني — واقعة قانونية مدعى بها : ويجب أن ينصب

الإقرار على واقعة قانونية مدعى بها على المقر . ولا يلزم أن تكون هذه الواقعة تصرفاً قانونياً ، بل يصح أن تكون واقعة مادية . ولا يلزم كذلك أن تكون الواقعة مصدراً لحق من الحقوق ، بل أية واقعة يمكن الادعاء بها يجوز فيها الإقرار . وقد رأينا أنه يمكن الادعاء بأية واقعة يترتب عليها أثر قانوني ، كما إذا ادعى الدائن علم المشتري بأعسار المدين البائع في الدعوى البولصية ، فهذه واقعة يمكن أيضاً أن ينصب عليها الإقرار .

ومادام الإقرار ينطوي على تصرف قانوني كما قدمنا ، وهو ضرب من التصرف في الشيء المقر به من جانب المقر ، لذلك يجب أن يكون محل الإقرار معيناً تعييناً كافياً مانعاً من الجهالة الفاحشة . وقد ورد في التقنين المدني العراقي

= ولو لم يذكر سببه ، فلا محل للطعن في حكمها بالتناقض ، لأنه يبين من هذا أن المحكمة لم تعتبر الإقرار المذكور سبباً من الأسباب الناقلة للملك ، بل اعتبرته — كما ينبغي أن يعتبر قانوناً — دليلاً تقدم الاستحقاق عليه في زمن سابق ، وهذا حق ، لأن الإقرار ليس سبباً لدلوله ، ولذا كان حكمه ظهور ما أقر به المقر لا ثبوته ابتداء (نقض مدني ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ٧ ص ١٥٨) . وتميز محكمة النقض بين سبب الإقرار بالدين وعلة الاستدانة ، فقد يقر المدين بالدين ويذكر أن السبب هو استيلاؤه على ريع أموال الدائن ، ثم يذكر أن علة هذه الاستدانة هي إنفاق المال في وجه معين ، فسواء صدقت العلة أو لم تصدق ، فالإقرار صحيح ما دام سببه صحيحاً (نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٣ ص ٦٩٣) .

وفي الفقه الإسلامي الإقرار كاشف لا منثني . جاء في الفتاوى الهندية : « الإقرار اخبار عن ثبوت الحق للغير على نفسه ، كذا في الكافي . وأما ركنه فقوله لفلان على كذا أو ما يشبهه ، لأنه يقوم به ظهور الحق وانكشافه ، حتى لا يصح شرط الخيار فيه ، بأن أقر بدين أو بعين على أنه بالخيار ثلاثة أيام ، فالخيار باطل وإن صدقه المقر له والمال لازم ، كذا في محيط السرخسي » (الفتاوى الهندية ٤ ص ١٥٦) . وفي الدر المختار الإقرار إخبار من وجه وإنشاء من وجه ، وقد جاء فيه ما يأتي : « فالوجه الأول وهو الأخبار : صح إقراره بمال مملوك للغير ، ومتى أقر بملك الغير يلزمه تسليمه إلى المقر له إذا ملكه برهة من الزمن لنفاذه على نفسه ، ولو كان إنشاء لما صح لعدم وجود الملك... ولا يصح إقراره بطلاق وعتاق مكرها ، ولو كان إنشاء لصح لعدم التخلف . وصح إقرار العبد المأذون بعين في يده والمسلم بخمر وبنصف دار مشاعاً والمرأة بالزوجة من غير شهود ، ولو كان إنشاء لما صح... والوجه الثاني وهو الإنشاء : لو رد المقر له إقراره ثم قبل لا يصح ، ولو كان إخباراً لصح... والملك الثابت بالإقرار لا يظهر في حق الزوائد المستهلكة فلا يملكها المقر له ، ولو إخباراً لملكها » . (تكملة ابن عابدين ٢ ص ٧٨ — ص ٨٢) .

نص صريح في هذا المعنى ، إذ تقضى الفقرة الأولى من المادة ٤٦٣ من هذا التقنين بأنه « يشترط ألا يكون المقر به مجهولاً جهالة فاحشة ، أما الجهالة اليسيرة فلا تكون مانعاً من صحة الإقرار »^(١) .

ويجب بداهة أن يكون محل الإقرار لا يكذبه ظاهر الحال ، وإلا كان إقراراً صورياً لا قيمة له . وقد ورد في التقنين المدني العراقي أيضاً نص على هذا الحكم ، إذ تقضى المادة ٤٦٥ من هذا التقنين بأنه « يشترط ألا يكذب ظاهر الحال الإقرار ، فلو أقر شخص ببنوة آخر أكبر منه في السن لا يصح إقراره »^(٢) .

ويجب أخيراً أن يكون محل الإقرار مما يجوز التعامل فيه . فالإقرار بشيء مخالف للقانون أو للنظام العام أو للآداب غير صحيح . ويترتب على ذلك أنه لا يصح الإقرار بدين مرهنة أو قمار ، ولا الإقرار بالتعامل في المخدرات ، ولا الإقرار بفوائد تزيد على الحد المسموح به قانوناً ، ولا الإقرار بإيجار منزل للعهارة ، ولا الإقرار باتفاق على ارتكاب جريمة . وهذا لا يمنع من قبول هذا الإقرارات في المسؤولية الجنائية^(٣) .

= وجاء في « طرق القضاء » : « أما الإقرار فإن الحق يثبت به بدون حكم ، وإنما يأمره القاضي بدفع ما لزمه بإقراره ، وليس لزوم الحق بالقضاء ، فجعل الإقرار من طرق القضاء إنما هو بحسب الظاهر ، وإلا فالحق يثبت به لا بالقضاء — والبيئة طريق للقضاء بالإجماع ، والمدعى لا يثبت بها حتى يتصل بها القضاء . واليمين ليست طريقاً للقضاء ، لأن المنكر إذا حلف وعجز المدعى عن البيئة يترك المدعى في يده لعدم قدرة المدعى على إثباته لا قضاء له بيمينه ... والنكول طريق للقضاء عند أصحابنا ، والفرق بينه وبين الإقرار أن الإقرار موجب للحق بنفسه ، وأما النكول فلا يوجب الحق إلا إذا اتصل به القضاء (طرق القضاء في الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٧ - ص ٨) .

(١) وتنص المادة ٤٦٤ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي : « ١ — كما يصح الإقرار بالمعلوم يصح الإقرار بالمجهول ، إلا في العقود التي لا تصح مع الجهالة ، ٢ — فلو أقر أحد بأمانة أو سرقة أو غصب صح إقراره ، ويطلب منه تعيين الأمانة المجهولة أو المال المصروق أو المفصوب . أما إذا أقر ببيع أو استئجار شيء غير معلوم ، فلا يصح إقراره » .

(٢) انظر أيضاً المادة ٩٧ من قانون البيئات السوري ، وهي منقولة عن المادة ٤٦٥ من التقنين المدني العراقي . وانظر المادة ١٥٧٧ من المجلة وشرح سليم باز ص ٨٦٣ - ص ٨٦٤ .

(٣) الموجز للمؤلف ص ٦٨٥ — وقد قضت محكمة طنطا الكلية بأن الشريعة الإسلامية اشترطت لصحة الإقرار فيما يتعلق بالمقر به ألا يكون محالاً شرعياً أي لا يعده الشرع باطلاً ، فإن كان باطلاً شرعاً لم يعامل المقر بمقتضاه ، والإقرار به يكون باطلاً غير معتبر شرعاً ، حتى =

ويصح الإقرار في التصرف أيا كانت قيمته ، ولو زادت على نصاب البيئة ،
فالإقرار كما قدمنا حجيته مطلقة (١) .

٢٥١ — الركن الثالث — أمام القضاء : وهذا الركن هو الذى يميز
الإقرار القضائى عن الإقرار غير القضائى ، ويكمله الركن الرابع وهو أن يكون
صادراً أثناء السير فى الدعوى .

= إذا أخذ المقر له من المقر المال المقر به كان للمقر أن يسترده منه ثانية لأنه أخذه منه بغير وجه
شرعى . ومثال الإقرار بالحال الشرعى أن يقر إنسان بقدر من السهام لوارث أكثر مما هو
مقدر له شرعاً ، ومثل هذا الإقرار باطل فى نظر الشرع ، وإقرار المورث لأحد الورثة بدين
إيثاراً له على بقية الورثة ولو كتبت به وثيقة لأنه إقرار بشئ محال شرعاً ، ومن قبيله إقرار
الرجل لزوجته بمهرها بعد أن تبرئه منه أو بعد أن تهبه له أو إقراره لها بنفقة مدة ماضية هي
فيها ناشز من غير سبق قضاء أو رضاء مع اعترافها بذلك . فهذه الإقرارات جميعها باطلة شرعاً
لأنها إقرارات بأشياء يحكم الشرع بطلانها بطلاناً كلياً (٣ يولييه سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم
٢٠٧ ص ٤٤٣) .

هذا وقد قدمنا أن الإقرار لا يرد إلا على مسألة من مسائل الواقع ، فلا يرد على مسألة من
مسائل القانون . فالإقرار الصادر من أحد المتعاقدين بوصف عقد بأنه بيع وفاء لا رهن لا يعتبر
حجة على المقر لأنه ليس إقراراً بذمة ، وإنما هو إقرار بوصف عقد من الوجهة القانونية ،
وهذا الوصف لم يغير شيئاً من حقيقته ، ولا يقيد المحكمة ما دام أنه غير مطابق للأركان التى اشترط
القانون وجوب توافرها (استئناف مصر ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/١٥٠
ص ٣١٤ — وانظر أيضاً : استئناف مصر ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/١٣٢
ص ٢٤٨) .

ويورد دى باج المسائل التى لا يصح فيها الإقرار على النحو الآتى : (١) لا يصح الإقرار
فيما يحرم القانون الإقرار به لإعتبارات ترجع إلى الخشية من الاحتيال والتواطؤ ، وذلك كما فى
فصل الأموال (séparation de biens) والطلاق ونحو ذلك . (٢) لا يصح الإقرار بعكس
ما تقضى به قرينة قانونية قاطعة تعتبر من النظام العام . (٣) لا يصح الإقرار فيما يجب لإنكار
صحته من الطعن بالتزوير . (٤) لا يصح الإقرار لإثبات وجود عقد شكلى (٥) لا يصح الإقرار
فى مسائل الحالة المدنية (état) والنسب . (دى باج ٣ فقرة ١٠١٥ ص ١٠٣٨ —
ص ١٠٣١) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : « ويقبل
الإقرار ، كقاعدة عامة ، فى جميع المواد ولو كانت قيمة المدعى به تتجاوز عشرة جنيهات ،
ما لم يقض القانون بغير ذلك : كما لو كان الإثبات متعلقاً بالبيانات التى يلحق بها وصف الرسمية
فى محرر رسمى ، أو بالتصرفات التى يشترط لانعقادها شكل خاص ، أو بالمسائل المتصلة بالنظام
العام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٢) .

(١) : هيك ٨ فقرة ٣٤٩ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٠٢ .

فالإقرار الذى لا يصدر أمام القضاء لا يعد إقراراً قضائياً . ويعتبر قضاء كل جهة نظمها القانون من جهات القضاء ، فلا يقتصر ذلك على القضاء المدنى وحده . ويعتد بالإقرار الصادر أمام القضاء التجارى ، والقضاء الإدارى ، والقضاء الشرعى ، والقضاء الملى . كذلك يعتد بالإقرار الصادر فى دعوى مسئولية مدنية مرفوعة أمام القضاء الجنائى ، وبالإقرار الصادر أمام قاضى التحضير ، وأمام القاضى المنتدب لوضع التقرير فى محكمة القضاء الإدارى والقاضى المنتدب للتحقيق أو للاستجواب . بل إن الإقرار يصدر عادة أثناء الاستجواب ، فوجب أن يكون صحيحاً إذا صدر أمام القاضى المنتدب لهذا الغرض .

ويجب أن يصدر الإقرار أمام محكمة مختصة اختصاصاً موضوعياً على الأقل^(١) .

ويجوز أن يصدر الإقرار أمام المحكمين (arbitres)^(٢) .

ولكن الإقرار الصادر أمام النيابة العامة أو النيابة الحسبية أو الخبير أو المحقق الإدارى لا يعتبر إقراراً قضائياً ، لأن هذه الجهات ليست بجهات قضاء^(٣) .

٢٥٢ - الركن الرابع - أثناء سير الدعوى : ولا يكتفى أن يصدر

الإقرار أمام القضاء ، بل يجب أن يصدر أيضاً فى خلال إجراءات الدعوى التى يكون الإقرار فيها دليل الإثبات . فيصح أن يكون فى صحيفة الدعوى ذاتها ، أو فى المذكرات التى تليها ، أو فى المذكرات التى يرد بها على الدعوى . ويصح أن يكون أمام القاضى المنتدب للتحقيق . وأكثر ما يكون ، كما قدمنا ، فى خلال استجواب تقررره المحكمة . ويجوز أن يصدر أمام المحكمة نفسها فى جلسة من جلسات

(١) استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٩٩ .

(٢) نقض فرنسى ٢٠ مارس سنة ١٨٦٠ سيرييه ٦١ - ١ - ٦١ - أوبرى ورو ١٢

ص ١١٣ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٠٤ ص ٣٨٠ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٠٦ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لى يكون الإقرار قانونياً ودليلاً قاطعاً يجب أن يصدر فى أثناء سير الدعوى وأمام المحكمة التى تنظر النزاع ، فلا يكتفى صدوره أثناء التحقيقات الجنائية التى تجريها النيابة ما دام المقرر لم يصر على إقراره ويردده أمام المحكمة ، خصوصاً إذا سحبه بصريح العبارة مدعياً أنه صدر منه بسبب الاضطراب الذى كان واقعاً فيه وقت اتهامه جنائياً - والاعتراف الذى يصدر فى المسائل الجنائية لا يعتبر فيها إثباتاً تاماً ما لم تغزوه ظروف أخرى ، فلا يمكن أن تكون له أمام المحكمة المدنية أهمية أكثر من اعتباره مجرد قرينة تتعلق بالوقائع (استئناف مصر ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٥٥ ص ٣٢٧) .

المرافعة ، كما يجوز أن يصدر عند إبداء الطلبات الختامية وقبل إقفال باب المرافعة . بل يجوز أن يلي إقفال باب المرافعة في مذكرات تقدم من الخصوم يرد فيها بعضهم على بعض ، فيصدر من أحد الخصوم إقرار في مذكرته . وهكذا يجوز أن يصدر الإقرار إلى وقت النطق بالحكم (١) .

ولكن الإقرار الذي يصدر في إحدى الدعاوى ، فيكون فيها إقراراً قضائياً ، لا يكون في دعوى أخرى ، ولو بين الخصمين وفي نفس الواقعة ، له قوة الإقرار القضائي ، ذلك أن الإقرار القضائي مقصور قوته على الدعوى التي صدر فيها ، فإذا تمسك به الخصم المقر له أو الغير في دعوى أخرى تالية ، كان الإقرار بالنسبة إلى هذه الدعوى التالية إقراراً غير قضائي . فلو أن خصماً أقر لخصمه أنه اشترى من الغير الأرض التي ينازعه فيها ، وكان هذا في دعوى من دعاوى الحيازة ، فإن إقراره هذا يعد إقراراً قضائياً في دعوى الحيازة التي صدر فيها الإقرار . ولو أراد الخصم الذي صدر الإقرار له أن يتمسك بهذا الإقرار في دعوى الملكية ، وهي غير دعوى الحيازة ، كان له أن يفعل ذلك ولكن على أنه إقرار غير قضائي (٢) . ويستقيم هذا الحكم مع تأصيل الإقرار من أنه نزول من المقر عن حقه في مطالبة خصمه بالإثبات ، فقد نزل المقر في دعوى الحيازة عن مطالبة خصمه بإثبات شرائه للأرض من الغير ، وإذا كان قد نزل عن هذه المطالبة في دعوى الحيازة فلا يستخلص من هذا نزوله عن المطالبة بهذا الإثبات في دعوى الملكية . فهو قد نزل عن المطالبة بالإثبات في دعوى معينة دون غيرها

(١) أما الأقوال التي يبيدها الخصم تأييداً لطلباته ، والعبارات التي تصدر منه تعزيراً للدفاع فإنها لا تعتبر إقراراً قضائياً (بنى سويف ١٤ أكتوبر سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٥ ص ٢٧) . وقد قضت محكمة مصر الكلية بأن مجرد المناقشات التي تأتي على لسان الخصم في المرافعة لتأييد الوسائل التي يبني عليها دفاعه لا تعتبر إقراراً قضائياً (قضاء مستعجل ٢١ أكتوبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/١٦٦ ص ٣٦٥) .

(٢) أوبري ورو ١٢ ص ١١٢ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٠٥ — أنظر عكس ذلك وأن الإقرار القضائي في دعوى بعد إقراراً قضائياً أيضاً في دعوى أخرى ماركاديه م ١٣٥٦ فقرة ٢ وبونيه ١ فقرة ٣٥٠ ، وانظر في مناقشة هذا الرأي وتفنيده أوبري ورو ١٢ ص ١١١ هامش رقم ٧ : والإقرار القضائي الصادر في الدعوى المستعجلة لا يصلح إلا لإقراراً غير قضائي في دعوى الموضوع (نقض فرنسي ١١ مارس سنة ١٩٥٠ البلتان المدنية ١٩٥٠ — ١ — ٥٢ فقرة ٧١ — انسيكلوبيدي دالوز في القانون المدني Preuve فقرة ٩٢٨) .

من الدعاوى ، فأثر النزول يجب أن يكون مقصوراً على هذه الدعوى (١) .

كذلك الإقرار أمام محكمة غير مختصة من ناحية الولاية أو من ناحية الاختصاص الموضوعي لا يعد إقراراً قضائياً ، بخلاف الإقرار أمام محكمة غير مختصة من ناحية المكان ، ذلك أن أحكام الاختصاص من ناحية الولاية ومن ناحية الموضوع تعد من النظام العام أما أحكام الاختصاص من ناحية المكان فليست كذلك (٢) . فالإقرار أمام محكمة شرعية في قضية المختص بها هي المحكمة الوطنية لا يكون أمام

(١) قارن بارتان في تعليقه على أوبري ورو ١٢ ص ١١١ هامش رقم ٧ — أنظر الموجز المؤلف ص ٦٨٤ هامش رقم ٣ والأحكام المشار إليها في هذا الهامش — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن إقرار خصم في قضية وضع اليد لا يعتبر إقراراً قضائياً في قضية الملك (٧ يونيو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٩ ص ٥٣٨) — وقضت محكمة قنا الكلية بأنه إذا أقر شخص بأمر في دعوى تعزيزاً لحجته فلا يصح التمسك بإقراره في دعوى أخرى متعلقة بذلك الأمر ، ولا يمكن اعتبار إقراره أكثر من قرينة غير قاطعة تقبل إثبات ما ينقضها (١٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٨٨ ص ٢٠٠) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا احتج في الدعوى بإقرار صدر في دعوى أخرى من أحد الخصمين في خصوص الحق المدعى به فلم تأخذ المحكمة به ، فلا يصح أن ينعى عليها أنها لم تعتبره إقراراً قضائياً ما دام هو — فضلاً عن صدوره في دعوى أخرى — قد صدر من طرف واحد ولم يصادف قبولا (كذا) من الطرف الآخر (نقض مدني ٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨١ ص ٢٢١) . وقد رأينا أن القبول — خلافاً لما ذهبت إليه محكمة النقض — ليس ضرورياً لقيام الإقرار . وقد قضت محكمة المنيا الكلية بأن مجرد إعلان المذكرة من خصم لآخر يكسب هذا الآخر حقاً ، والقول بأن هذا الخصم لا يتمسك بالاعتراف الوارد بها مردود بأنه لا يشترط قبول الخصم للاعتراف حتى تكون له قوة قانونية إذ له قوة في الإثبات بمجرد حصوله (المنيا الكلية ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٧١ ص ٧٤٧) — أما إذا كان الإقرار الصادر في إحدى الدعاوى هو في حقيقته قبول لإيجاب ، فإن هذا القبول يمس في أية دعوى أخرى . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه متى كان يبين من الصور الرسمية لمحضر جلسة دعوى الطرد المقامة من الطاعن قبل المطعون عليه أن ما صدر من هذا الأخير لم يكن إقراراً عن واقعة متنازع فيها ، بل كان قبولا منه لإيجاب من الطاعن انعقد به الاتفاق فعلا بين الطرفين على تحديد إيجار الفدان بمبلغ معين فنزل الطاعن عن دعوى الطرد ، وكانت المحكمة إذ لم تعمل أثر هذا الاتفاق في دعوى المطالبة بالأجرة أقامت قضائها على أنه إقرار صادر في دعوى أخرى ولا يصح التمسك به في الدعوى الحالية ، فإنها تكون قد خالفت القانون (نقض مدني ٢١ نوفمبر سنة ١٩٥٣ : مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٢٢ ص ١٧٠) .

(٢) وقد أصبحت قواعد الاختصاص الموضوعي في تقنين المرافعات الجديد (م ١٣٤) من النظام العام ، وقد كانت كذلك في تقنين المرافعات المختلط ولم تكن من النظام العام في تقنين المرافعات الأهل السابق (انظر الموجز للمؤلف ص ٦٨٤) .

هذه المحكمة الأخيرة إقراراً قضائياً ، بل هو إقرار غير قضائي . والإقرار أمام المحكمة الجزئية في قضية المختص فيها هي المحكمة الكلية يكون إقراراً غير قضائي بالنسبة إلى هذه المحكمة الأخيرة .

والإقرار خارج إجراءات الدعوى وله في الوقت الذي تنظر فيه الدعوى لا يكون إقراراً قضائياً . فلو أن خصماً أرسل كتاباً لخصمه ، أثناء نظر الدعوى القائمة بينهما ، يتضمن إقراراً ، وتمسك الخصم المقرر له بهذا الكتاب أمام المحكمة ، فإن الإقرار في هذه الحالة يعد إقراراً غير قضائي . كذلك يعد إقراراً غير قضائي ما يذكر في تظلم مرفوع إلى الجهة الإدارية ولو كان هذا التظلم متعلقاً بدعوى كانت مرفوعة وقت تقديم التظلم أمام محكمة مدنية (١) .

الفرع الثاني

حجية الإقرار

٢٥٣ — **النصوص القانونية :** تنص المادة ٤٠٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — الإقرار حجة قاطعة على المقر » .

« ٢ — ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه ، إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى (٢) » .

(١) أوبري ورو ١٢ ص ١١٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٤٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين الجديد ، عدا الفقرة الأولى فقد كانت في المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « الإقرار حجة قاطعة على من صدر منه » ، فحورت في لجنة المراجعة تحويراً لفظياً وأصبحت : « الإقرار حجة قاطعة على المقر » . وأصبح رقم المادة ٤٢٢ من المشروع النهائي . وأقرها مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٩ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٥ و ص ٤٤١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣٣/٢٩٨^(١).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادتين ١٠٠ - ١٠١ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤٦٩-٤٧٠ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادتين ٢٢٦-٢٢٧ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٩٧^(٢).

(١) كانت المادة ٢٣٣/٢٩٨ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : « لا يتجزأ الإقرار الحاصل من الخصم بالحكمة ، سواء كان من تلقاء نفسه أو بعد استجوابه ، بمعنى أنه لا يؤخذ الضار منه بالمقر ويترك الصالح له » . والتقنين الجديد ، كما نرى ، أدق صياغة وأشمل حكماً . ولكن لا فرق في الأحكام ما بين التقنينين الجديد والقديم .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ١٠٠ : الإقرار حجة قاصرة على المقر — م ١٠١ : مطابقة للفقرة الثالثة من المادة ٤٠٩ من التقنين المصري . (وقد عرض القانون السوري في حجة الإقرار إلى قصورها على المقر لا إلى قطعتها ، وكل من القصور والقطعية من خصائص الإقرار) .

التقنين المدني العراقي م ٤٦٩ : الإقرار حجة قاصرة على المقر — م ٤٧٠ : مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٤٠٩ من التقنين المصري . (والتقنين العراقي مطابق لقانون البينات السوري) .
تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٢٦ : يسمى الإقرار موصوفاً عندما يقتصر على الفعل الذي صرح به الفريق الآخر إلا أنه يفسد نتائجه القانونية بما يشتمل عليه من البيانات الإضافية . وهذا الإقرار يفيد الشبوت التام فيما يختص بالفعل الأصلي ، أما البيانات الإضافية فتعد ثابتة إلى أن يثبت عكسها — م ٢٢٧ : يسمى الإقرار مركباً عندما يكون واقعاً على الفعل الأصلي وعلى فعل آخر معاً ، ويكون غير قابل للتجزئة في حالة واحدة وهي إذا كان الفعل الجديد يقدر معه وجود الفعل الأصلي كأن يعترف المديون الذي أقيمت عليه دعوى الإيفاء بأنه اقترض المبلغ المدعى به ولكنه يزيد على اعترافه أنه أوفاه فيما بعد ، فالقاضي يعد فعل الاقتراض ثابتاً على وجه نهائي ، أما الإيفاء فيعد ثابتاً إلى أن يثبت عكسه . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام القانون المصري ، وإن كانت أكثر تفصيلاً ولها صبغة فقهية واضحة) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٣٩٧ : ١ - الإقرار حجة قاطعة على المقر ٢ - وإذا اقترن الإقرار الصادر من أحد الطرفين عن وقائع ليست لصالحه بالتصريح بوقائع أخرى أو بظروف يراد منها الحد من أثر الواقعة المقر بها أو تغييرها أو إزالة آثارها ، فلكامل الإقرار وما اقترن به قوة البيينة الكاملة إذا لم يطعن الطرف الآخر في صحة ما أضيف من وقائع أو ظروف . ويترك للقاضي عند الاختلاف ، تقدير قوة الإقرار كبيينة . (ومن ذلك نرى أن التقنين الليبي ترك للقاضي تقدير ما إذا كان الإقرار يتجزأ على صاحبه أو لا يتجزأ ، ولم يضع لذلك معياراً تشريعياً كما فعل التقنين المصري) .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٥٦ (١) .

٢٥٤ — مسائل تطرأت : ويتبين من نص التقنين المدني السالف الذكر أن الإقرار حجة قاطعة على المقر ، وهو أيضاً حجة قاصرة عليه . ثم إن الإقرار في الأصل لا يتجزأ على صاحبه ، ومع ذلك يتجزأ الإقرار إذا انصب على وقائع متعددة دون أن يستلزم وجود واقعة منها وجود الوقائع الأخرى .

فعندنا إذن مسائل ثلاث : (١) الإقرار حجة قاطعة على المقر . (٢) الإقرار حجة قاصرة على المقر . (٣) تجزئة الإقرار .

المبحث الأول

الإقرار حجة قاطعة على المقر

٢٥٥ — الإقرار مجة قاطعة على المقر لا يقبل إثبات العكس ،

وهو ذو أثر ملأف : إذا توافر للإقرار أركانه على الوجه الذي بيناه ، صار إقراراً قضائياً ، وكان حجة قاطعة على المقر . ومعنى ذلك أن الواقعة التي أقر بها الخصم تصبح في غير حاجة إلى الإثبات ، ويأخذ بها القاضي واقعة ثابتة بالنسبة إلى الخصم الذي أقر بها (٢) . والإقرار لا يكون حجة للمقر لأن الشخص

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٥٦ : وهو (الإقرار) حجة قاطعة على من صدر منه . ولا يجوز له الرجوع فيه إلا إذا ثبت أنه صدر عن غلط في الواقع ، أما الغلط في القانون فلا يصلح حجة للرجوع .

Art. 1356 el. 2 et 3 : Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait. Il ne peut être divisé contre lui. Il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit.

(٢) والقاضي قد يأخذ بالإقرار فيما يكون من غير اختصاصه . وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان القاضي المدني ممنوعاً من أن يضع نفسه موضع القاضي الشرعي في تحقيق الوفاة والوراثية بطريق التحريات وسماع الشهود واستدعاء الورثة لسماع أقوالهم ثم التقرير بالوراثية بناء على ما يثبت له — أنه وإن كان ممنوعاً من ذلك ، له ، ابتغاء التحقيق من صفة الخصوم في الدعوى =

لا يصطنع الدليل لنفسه ، ولا يكون إلا حجة عليه .

والحجة هنا قاطعة ، لا يجوز إثبات عكسها . ولكن هذا لا يمنع من أن يطعن المقر في إقراره بأنه صوري تواطأ عليه مع خصمه ، أو أنه وقع نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه ، أو أنه صدر منه وهو ناقص الأهلية . فإذا أثبت ذلك بالطرق الجائزة قانوناً بطل الإقرار ، ولا يكون هذا رجوعاً في إقرار موجود ، بل هو إلغاء لإقرار ظهر بطلانه . أما الإقرار القائم الصحيح فلا يجوز الرجوع فيه ، ولا يجوز إثبات عكسه ، فهو إذن حجة قاطعة على المقر^(١) .

وأثر الإقرار كاشف لا منشيء . وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار لا يكون سبباً لدلوله ، وإنما هو دليل تقدم الاستحقاق عليه في زمن سابق . فحكمه ظهور ما أقر به المقر ، لا ثبوته ابتداء^(٢) .

٢٥٦ — تأصيل الحجية القاطعة للإقرار — إعفاء الخصم من الإثبات

ونزول عن مطالبته به : واختلف النظر في تأصيل الحجية القاطعة للإقرار . فالفقيهان أوبري ورو - ومعهما أكثر الفقهاء - يذهبان إلى أن الإقرار هو قلب لعبء الإثبات (renversement de la charge de preuve) ، وبعد أن كان من يدعى واقعة يطالب بإثباتها ، فإن إقرار خصمه بهذه الواقعة ينقل عبء الإثبات منه إلى المقر . والمقر بعد إقراره هو الذي يحمل إثبات أن إقراره غير صحيح ، وذلك بالطعن في الإقرار بوجه من الوجوه التي تقدم ذكرها . ولما كانت

= المطروحة أمامه ، أن يأخذ في إثبات الوراثة بإقرار أحد الخصمين في مجلس القضاء ، سواء أكان ذلك الإقرار حصل أمامه أم أمام غيره ودون في ورقة رسمية ، وذلك دون أن يرسل أولئك الخصوم أمام المحكمة الشرعية للفصل في أمر الوراثة . وأخذ بهذا الإقرار لا افتيات فيه على اختصاص القاضى الشرعى لدخوله فيما له من الحق في تقدير الدليل المقدم في الدعوى التي تحت نظره (نقض مدنى ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٩ ص ١٠٨) .

(١) انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١١٣ .

(٢) نقض مدنى ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٣ ص ١٠٤٦ — وقضت أيضاً بأنه متى أثبتت محكمة الموضوع في حكمها أن الإقرار المسند للمقر هو إخبار صادق عن حقيقة واقعية لا شبهة فيها ولا شك ، فلا يضير هذا الإخبار الصحيح أن يكون قد أعطى شكل عقد بيع (نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٩ ص ٧٩٨) .

هذه الوجوه يندر تحققها ، فقل أن يكون الإقرار صورياً وقل أن يشوبه عيب أو نقص في الأهلية ، فإن الإقرار يصبح إذن ، في الكثرة الغالبة من الأحوال ، ليس قلباً لعبء الإثبات فحسب ، بل إعفاء من الإثبات (dispense de preuve). ذلك أن الخصم إذا ادعى واقعة وجب عليه إثباتها . فإذا أقر خصمه بهذه الواقعة ، كان هذا معناه أنه يعفيه من هذا الإثبات . فتصبح الواقعة ثابتة ، لا لأن دليلاً أثبتها ، بل لأنها في غير حاجة إلى الإثبات (١) .

ويضيف بارتان (٢) إلى ذلك أن التأصيل على النحو المتقدم يتضمن حتماً أن المقر ، وهو يعنى خصمه من إثبات ما يدعيه ، ينزل في الوقت ذاته عن حقه في مطالبة خصمه بهذا الإثبات . وهذا هو التأصيل الذي وقفنا عنده ، عندما قررنا أن الإقرار واقعة قانونية تتضمن تصرفاً قانونياً هو نزول المقر عن حقه في مطالبة خصمه بالإثبات (٣) .

(١) ويبدو أن محكمة النقض تذهب هذا المذهب ، فقد قضت بأن القانون يكلف المدعى إقامة الدليل على دعواه ، إلا إذا سلم له خصمه بها أو ببعضها ، فإنه يعفيه من إقامة الدليل على ما اعترف به . فإذا اعترف شخص بأن الأرض موضوع النزاع أصلها من أملاك الحكومة الخاصة ولكنه تملكها بالتقادم ، ثم بحثت المحكمة مع ذلك مستندات ملكية الحكومة لها وقضت بعدم كفايتها لإثبات الملكية ، فإنها تكون قد خالفت القانون باقتضاها دليلاً على أمر معترف به (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٤٣ ص ٢٦٠) .

(٢) بارتان في تعليقاته على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥١ ص ١١٦ هامش رقم ١٨ مكرر .
(٣) غير أن بارتان لا يكتفي بهذا التأصيل حتى مع هذه الإضافة ، فإن الإقرار إذا اعتبر نزولاً عن حق المطالبة بالإثبات يكون عندئذ دليلاً سلبياً . ويقول بارتان (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥١ ص ١١٦ هامش رقم ١٨ مكرر) : ولكن الواقع هو أن الإثبات دليل إيجابي ، فإن المقر لا يقتصر على النزول عن حقه في مطالبة المدعى بالإثبات ، بل هو أيضاً يقدم دليلاً إيجابياً على صحة الواقعة المدعى بها ، وذلك عن طريق الإقرار — إذ الإقرار يتضمن واقعيتين : واقعة الإقرار ذاتها (le fait de l'aveu) ، والواقعة المعترف بها (le fait avoué) . فواقعة الإقرار ذاتها هي الثابتة بقول المقر . ولا يمكن تحليلها بأفضل من أنها مطابقة للواقعة المعترف بها ، وإلا لما اعترف بها المقر وهي ضد مصلحته . ومن ثم تكون واقعة الإقرار (le fait de l'aveu) قرينة قانونية قاطعة على صحة الواقعة المعترف بها (le fait avoué) . (أنظر أيضاً في هذا المعنى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٢ ص ١٠٣٥ — ص ١٠٣٦ دى پاچ ٣ ص ١٠٣٧ — ص ١٠٣٨) . ولهذا عد التقنين المدني الفرنسي في المادة ١٣٥٠ الإقرار ضمن القرائن القانونية .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذه المسألة ما يأتي : « والأصل =

٢٥٧ - قد يكونه الإقرار مبدأً ثبوت بالكتابة : وإذا كان الإقرار حجة قاطعة بالواقعة التي تضمنها بالذات ، فإنه يصلح أيضاً أن يكون مبدأً ثبوت بالكتابة لواقعة متصلة بالواقعة التي تضمنها بالذات . وقد سبق إيراد هذه القاعدة وأمثلتها . ويسوق أوبري ورو لها مثلاً لإقرار الزوج بتوكيل زوجته بقبض الفوائد ، فهذا الإقرار حجة قاطعة بالنسبة إلى واقعة التوكيل بقبض الفوائد ، ومبدأً ثبوت بالكتابة بالنسبة إلى واقعة التوكيل بقبض رأس المال ^(١) . وسنرى أيضاً فيما يلي أن الإقرار غير القابل للتجزئة - الإقرار الموصوف وبعض صور الإقرار المركب - إذا كانت تجزئته غير ممكنة ، فإن هذا لا يحول دون اعتباره مبدأً ثبوت بالكتابة ^(٢) .

المبحث الثاني

الإقرار حجة قاصرة على المقر

٢٥٨ - الإقرار صفة على المقر والخلف العام ولا ينعزى إلى غيرهما :

ولما كان الإقرار هو إعفاء من الإثبات ونزول عن المطالبة بهذا الحق ، فهو من هذه الناحية تصرف قانوني يقتصر أثره على المقر ^(٣) . ويتعدى أثر الإقرار إلى ورثة المقر بصفتهم خلفاً عاماً له ، فيصح الاحتجاج عليهم بما حواه إقراره ^(٤) .

= وجوب إقامة الدليل على كل واقعة قانونية إذا نوزعت أو أنكرت . ولما كان الإقرار اعترافاً بواقعة قانونية ، فهذه الواقعة لا يجب بعد ذلك إثباتها ، لأنها ليست متنازعة أو مجحودة ، بل هي مسلمة معترف بها . فالإقرار ليس دليلاً بمعنى الكلمة ، بل هو وسيلة تقيل من الالتجاء إلى طرق الإثبات التي شرعها القانون « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٢) » .

(١) أوبري ورو ١٢ ص ١٢٨ هامش رقم ٣٥ .

(٢) نقض مدني ٩ يونية سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣٣ ص ٧٩٧ — أوبري ورو ١٢ ص ١٢٨ .

(٣) وقد نصت المادة ٤٦٩ من التقنين المدني العراقي على أن « الإقرار حجة قاصرة على المقر » (انظر أيضاً المادة ١٠٠ من قانون البيئات السوري) وقد قدمنا أن كلا من الإقرار واليمين حجيته قاصرة ، أما الكتابة والبيئة والقرائن فحجيتها متعدية .

(٤) نقض مدني ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١٣ ص ٤٤٠ — على أن الوارث يستطيع أن يثبت عدم صحة إقرار مورثه بجميع الطرق إذا كان في هذا الإقرار =

ولا يتعدى أثر الإقرار إلى غير المقر وورثته (١). فلا يتعدى إلى الدائن (٢)، أو الشريك أو الورثة فيما بينهم. فلو أقر أحد الشركاء في الشيوع بتصرف الشركاء في الملك الشائع، كان إقراره بهذا التصرف حجة عليه وحده، ولا يكون حجة على الشركاء الآخرين الذين لم يصدر منهم إقرار. ولو أقر أحد الورثة بحق على التركة، فإن إقراره يكون حجة عليه دون سائر الورثة (٣). ولو أقر أحد المدينين المتضامين بالدين، فلا يسرى هذا الإقرار في حق الباقيين (م ٢٩٥ فقرة أولى مدني)، ويكون الإقرار حجة قاصرة على المدين الذي صدر منه الإقرار.

والدائن والخلف الخاص، بخلاف الورثة، لا يتعدى إليهما أثر الإقرار كما قدمنا. فإذا أقر المدعى عليه في دعوى استحقاق دار بملكية الدار للمدعى، لم يكن هذا الإقرار حجة على دائئه، ويجوز للدائن أن يتدخل في الدعوى ويثبت بجميع الطرق أن الإقرار غير صحيح، حتى تبقى الدار لمدينه فيستطيع أن ينفذ عليها بالدين. كذلك إذا كان المدعى عليه في المثل المتقدم قد باع الدار لآخر، ثم رفعت عليه دعوى الاستحقاق وأقر بملكية الدار للمدعى، فإن هذا الإقرار

= احتيال على القانون، كما إذا قصد المورث بإقراره إيثار بعض الورثة على بعض بأكثر من النصاب الذي يجوز فيه الإيصاء. وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل في إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها، وإذا كان القانون قد أعفى من يضار من الورثة بهذه الإقرارات من الإثبات الكتابي في حالة ما إذا طعنوا فيها بأنها في حقيقتها وصية قصد بها إيثار بعض الورثة، فليس معنى هذا أن مجرد طعنهم فيها يكفي لإهدار حجية هذه الإقرارات، بل يجب لذلك أن يقيموا الدليل على عدم صحتها بأي طريق من طرق الإثبات (نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٩ ص ٢٤٩). وقضت أيضاً بأن الوارث لا يعتبر من طبقة الغير بالنسبة إلى الإقرارات الصادرة من المورث، ومن ثم فإنها تسرى عليه، غير أن له أن يثبت بأي طريق من طرق الإثبات أن حقيقتها وصية قصد بها إيثار أحد الورثة إضراراً به (نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٣ ص ٦٩٣).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار حجة قاصرة على المقر وورثته من بعده، فلا يجوز أعمال أثره على من عداهم (نقض مدني ٣ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٥٥ ص ٣١٧).

(٢) فللدائن أن يثبت بجميع الطرق صورية الإقرار الصادر من المدين إضراراً بحقه. أما إذا لم يثبت الدائن عدم صحة إقرار المدين، فإن الإقرار يسرى في حقه كما يسرى في حق الورثة (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣١٣).

(٣) الموجز للمؤلف ص ٦٨٥ والأحكام المشار إليها في هامش رقم ٣ من الصفحة ذاتها.

يكون حجة قاصرة عليه دون المشتري ، ويستطيع هذا أن يتدخل في الدعوى ليثبت أن الإقرار لاصحة له حتى تخلص له ملكية الدار . وفي الحالتين المتقدمتين إذا حكم في الدعوى بمقتضى إقرار المدعى عليه قبل أن يتدخل الدائن أو المشتري ، فلهذين الاعتراض على الحكم اعتراض الخارج عن الخصومة وفقاً لأحكام المواد ٤٥٠ إلى ٤٥٦ من تقنين المرافعات ، لإثبات عدم صحة الإقرار الصادر من المدعى عليه إذ هو حجة قاصرة عليه لا تتعدى إليهما ، ذلك أن الدائن أو المشتري كان وقت صدور الحكم ممن يتعدى إليهم الحكم ويعتبر حجة عليهم ، ومن ثم يثبت له حق الاعتراض .

أما الورثة ، فلو مات المدعى عليه بعد الإقرار وقبل الحكم في الدعوى ، فإن الإقرار لا يكون حجة عليهم ، ولهم أن يثبتوا عدم صحته بجميع الطرق حتى تبقى الدار في التركة . ولكن إذا صدر الحكم قبل موت المورث وفي مواجهته ، فإنه يسرى على الورثة ولا يثبت لهم حق الاعتراض . ذلك أنهم وقت صدور الحكم ضد مورثهم كان الحكم يسرى في حقهم باعتبارهم خلفاً عاماً ، فيبقى الحكم سارياً في حقهم حتى بعد موت المورث وقيام حقهم في الإرث .

٢٥٩ - الإقرار لا يكون صجة على المقر لصالحه : ويبقى الإقرار حجة

قاصرة على المقر حتى بالنسبة إلى المقر لصالحه . ذلك أن الإقرار إذا كان حجة للمقر لصالحه ، فإنه لا يكون حجة عليه . فلو أن المدين أقر لدائنه بالدين ، وقال إنه وفاه أو أن الدين سقط بعد ذلك بالمقاصة ، فلا يكون قوله إنه وفاه أو أن الدين سقط بالمقاصة حجة على الدائن^(١) . وهذا ما يعرف بالتجزئة في الإقرار ، وننتقل الآن إليه .

(١) وفي الفقه الإسلامي الإقرار حجة قاصرة على المقر . جاء في البدائع : « ... لأن إقرار الإنسان حجة على نفسه لا على غيره لأنه على غيره شهادة أو دعوى » (البدائع ٧ ص ٢٢٨) . ولذلك أجاز الفقهاء سماع البينة بعد الإقرار ، لأن الإقرار قاصر والبينة متعدي . جاء في كتاب طرق القضاء للأستاذ أحمد إبراهيم في هذا الصدد : « ومن أمثلة ذلك : (١) إذا أقر أحد الورثة بالدين على الميت ، فأراد الدائن إقامة البينة ليتعدى الحكم إلى بقية الورثة ، كان له ذلك . وكذا إذا أقر جميع الورثة بالدين على الميت ، تقبل أيضاً بينة الدائن ، لأنه كما يحتاج إلى إثبات الدين =

المبحث الثالث

التجزئة في الإقرار

٢٦٠ - الإقرار البسيط : إذا اقتصر الإقرار على تصديق المدعى للمدعى عليه في جميع ما ادعاه ، فإن الإقرار يكون في هذه الحالة إقراراً بسيطاً محضاً (aveu pur et simple) ، ولا محل إذن للنظر فيما إذا كان يتجزأ أو لا يتجزأ . فلو أن المدعى قال في دعواه إنه أقرض المدعى عليه مائة ، فأقر المدعى عليه بأنه اقترض من المدعى المائة ولم يزد على ذلك شيئاً ، كان هذا إقراراً بسيطاً ، وكان حجة قاطعة على المدعى عليه . كذلك إذا قال المدعى إنه أقرض المدعى عليه مائة وفي منها خمسين فأقر المدعى عليه بأنه اقترض من المدعى المائة ووفي منها الخمسين ، أو قال المدعى إنه أقرض المدعى عليه مائة مؤجلة إلى سنتين فأقر المدعى عليه أنه اقترض المائة مؤجلة إلى السنتين ، كان الإقرار في هاتين الحالتين بسيطاً وكان حجة قاطعة على المدعى عليه . ولا محل هنا للنظر في تجزئة الإقرار ، فإن الوقائع المدعاة قد أقر المدعى عليه بها جميعاً ولم يصف إليها شيئاً ، فقيم إذن تكون التجزئة !

= في حقهم يحتاج أيضاً إلى إثباته في حق دائن آخر . (ب) إذا ادعى أنه وكيل فلان بقبض دينه من فلان ، فصدقه المدين ، ثم أراد الوكيل إقامة البينة على الوكالة ، كان له ذلك ، إذ لو دفع المدين الدين إلى الوكيل بلا بينة على الوكالة يتضرر لأنه لا تبرأ ذمته إذا أنكر الموكل الوكالة ، أى لا تبرأ ذمة المدين . فالفائدة من البينة عائدة على المدين ، وكذا على الوكيل أيضاً لأنها تثبت أن يده يد أمانة على ما قبضه حتى إذا هلك كان هلاكه هلاك الأمانة . . . (ج) في الاستحقاق تقبل البينة مع إقرار المشتري ، ليتمكن من الرجوع على بائعه ، لأنه إذا أقر بالملك المستحق لا يتمكن من الرجوع بالثمن على البائع ، لكن لو أقيمت عليه البينة أمكنه ذلك لأنها حجة متعددة . (د) لو أقر الوارث للموصى له تسمع عليه البينة مع إقراره ، كي يتعدى الحكم إلى غيره . (هـ) لو أقر المدين المحجور عليه بدين لإنسان آخر لا ينفذ إقراره ، لكن لو أقام الدائن المقر له بينة على دينه سمعت . (و) إذا ادعى عقاراً في يد غيره ملكاً مطلقاً وذو اليد مقر بوضع يده ، فانه مع هذا يجب على المدعى أن يقيم البينة على وضع يد المدعى عليه على ذلك العقار ، منعاً للتواطؤ والاحتياال على أخذ أموال الناس بالباطل (طرق القضاء في الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٢٢٤ - ص ٢٢٥) .

٢٦١ - الإقرار الموصوف : لكن إذا أقر المدعى عليه ببعض ما ادعاه المدعى دون بعض أو أضاف شيئاً ، فهنا تقوم الحاجة إلى النظر في التجزئة . ذلك أن المدعى قد يقول في دعواه إنه أقرض المدعى عليه مائة مؤجلة إلى سنتين كما قدمنا ، وقد حل الأجل فاستحق الدفع . ويقر المدعى عليه بأنه أقرض المائة ولكن مؤجلة إلى ثلاث سنوات لا إلى سنتين ، فلم يحل الأجل ولم يستحق الدفع . فالإقرار هنا لا يكون إقراراً بسيطاً ، بل يكون إقراراً موصوفاً (aveu qualifié) . ذلك أن المدعى عليه لم يقر بالدين على الوجه الذى ذكره المدعى ، وهو دين مؤجل إلى سنتين وقد حل أجله فأصبح مستحقاً ، بل أقر بالدين معدلاً أى موصوفاً ، فقال إنه دين مؤجل إلى ثلاث سنوات ولم يحل الأجل فلم يصبح مستحقاً . والوصف هنا هو عدم حلول أجل الدين ، إذ الدائن يطالب بدين حال ، والمدين يقر بدين لم يحل . وقد يطالب الدائن أيضاً بدين منجز ، ويقر المدين بدين معلق على شرط . فكل من الأجل والشرط يعتبر وصفاً للدين ، فهو وصف فى الإقرار ، ولذلك سمي الإقرار موصوفاً .

والذى تجب مراعاته فى الوصف هو أن يكون مقترناً بالدين وقت نشوئه ، لا أن يكون حادثاً جد بعده . والأجل والشرط وصفان يقترنان بالدين وقت نشوئه ، لا يجدان بعده ، ومن ثم يكون الإقرار المتضمن لهما إقراراً موصوفاً^(١) .

وحكم الإقرار الموصوف أنه لا يتجزأ على صاحبه . فقد أقر المدين بالدين مؤجلاً أو معلقاً على شرط ، فاما أن يأخذ الدائن الإقرار كله موصوفاً كما هو ، وإما أن يدعه كله . وليس له أن يجزئه ، فيقتصر على إقرار المدين بالدين ويدع الوصف الذى دخل على الدين من أجل أو شرط . ويمتنع عليه إذن أن يقول إن المدين أقر بالقرض فهو ثابت فى ذمته باقراره ، وعليه الآن أن يثبت أن القرض موصوف بأجل أو شرط . وإنما للدائن إما أن يأخذ بالإقرار كله ، فيعتبر الثابت هو الدين موصوفاً بالأجل أو الشرط ، وإما أن يطرحه

(١) بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣١٥ — كذلك إذا أقر المدين بالدين دون فوائد ودعوى الدائن أن الدين بفائدة ، فهذا أيضاً إقرار موصوف (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٠) .

كله ، فلا يعتبر الدين ثابتاً أصلاً بالإقرار . وعليه إذا اطرح الإقرار أن يحمل عبء إثبات ما ادعاه ، فيعود إلى سيرته الأولى إذ هو مدعٍ يحمل عبء الإثبات ، وقد كان بالإقرار الذى اطرحه معنى من هذا العبء . وفى هذه الحالة بتعين على الدائن أن يثبت الدين ، وعلى المدين أن يثبت الأجل أو الشرط (١) . ويجوز أيضاً أن يتخذ الدائن من الإقرار طريقاً لإثبات القرض فى ذاته ، ثم يثبت هو - لا المدين - أن القرض قد حل أجله أو أنه غير معلق على شرط . وهذا كله مقصود من القول بعدم تجزئة الإقرار . فالدائن بالخيار ، إذا لم يرد الأخذ بالإقرار كله ، بين أن يطرحه كله ويحمل عبء إثبات دعواه كما لو لم يكن هناك أى إقرار ، وبين أن يستبقى من الإقرار ما هو فى صالحه ويدحض بدليل يقدمه هو ما ليس فى صالحه من الإقرار . والممتنع هو أن يستبقى ما هو فى صالحه ويلقى على المقر عبء إثبات ما ليس فى صالحه ، فإن هذا يعتبر تجزئة للإقرار ، ولا تصح التجزئة فى الإقرار الموصوف .

٢٦٢ - الإقرار المركب : وإذا قال المدعى فى دعواه إنه أقرض المدعى عليه مائة ، وأقر المدعى عليه بأنه اقترض المائة ولكنه وفاها أو وفى

(١) أوبرى ورو ١٢ ص ١٣١ . وقد قضى بأنه لا يجوز التمسك بعدم تجزئة الإقرار إذا قام على الواقعة المراد إثباتها دليل آخر : استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٦١ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٩ - ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٧٣ - ٢٩ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٤٤ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٦ - ١٨ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٣ - أول فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٠ - ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١ - ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٠٢ - استئناف مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٣ . وقضت أيضاً محكمة النقض بأنه لا يصح الاعتراض بمخالفة قاعدة عدم جواز تجزئة الإقرار إذا كانت الدعوى قد ثبتت من طريق آخر غير الإقرار (نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٨ ص ٢٧٩) . كذلك قضت محكمة النقض بأنه إذا كان مفهوم الإقرار الصادر من المدعى عليه (صاحب البناء) أنه اشترط عدم دفع الأجر عن الرسوم التى يقوم بها المدعى (مهندس) إلا إذا قبلها هو وأجرى البناء على أساسها ، فإنه يكون من الإقرارات الموصوفة التى لا تقبل التجزئة ، متعيناً الأخذ به كله أو تركه كله . فإذا كان المدعى لا يسلم بالقيود الواردة فى الإقرار ، فلا يقبل منه أن يستند إلى الإقرار فيما عدا هذا القيد ، بل يكون عليه أن يثبت دعواه من طريق آخر ، فإن تجزئة الإقرار والأخذ بشق منه وإلزام المدعى عليه بدفع الأجر مع اطراح القيد الوارد فيه ، ذلك مخالف لقواعد الإثبات (نقض =

جزءاً منها ، فإن الإقرار هنا يكون إقراراً مركباً (aveu complexe) . والفرق بين الإقرار المركب والإقرار الموصوف — وكل منهما يشتمل على واقعة أصلية وواقعة مرتبطة بها — أن في الإقرار الموصوف تقترن الواقعة المرتبطة بالواقعة الأصلية من وقت نشوء الواقعة الأصلية كما قدمنا ، فالأجل أو الشرط قد اقترن بالدين من وقت نشوئه ، أما في الإقرار المركب فالواقعة المرتبطة لا تقترن بالواقعة الأصلية من وقت نشوئها بل تجدد بعدها ، فالإقرار بالدين مع الوفاء به إقرار مركب يتكون من واقعة المديونية وهي الواقعة الأصلية وواقعة الوفاء وهي الواقعة المرتبطة بها ، ولكن واقعة الوفاء لم تقترن بواقعة المديونية من وقت نشوئها ، بل جددت بعدها إذ حصل الوفاء بعد أن وجدت المديونية (١) .

والأصل في الإقرار المركب أنه هو أيضاً لا يتجزأ على صاحبه (٢) . فإذا أقر المدين أنه اقترض المائة ولكنه وفاها ، فلا يجوز للدائن إلا أن يأخذ بالإقرار كله أو يطرحه كله (٣) . فإذا أخذ بالإقرار كله برئت ذمة المدين من الدين وخسر الدائن دعواه ، إذ يكون قد ثبت أن الدين كان موجوداً ولكن المدين وفاه . وإذا طرح الدائن الإقرار كله ، اعتبر الإقرار كأن لم يكن ، وكان على الدائن أن يثبت الدين وعلى المدين أن يثبت الوفاء . ويجوز أيضاً للدائن — كما قدمنا في الإقرار الموصوف — أن يستبقى الإقرار بالقرض ، ويحمل هو عبء إثبات أن المدين لم يقم بوفائه . والممتنع هو أن يستبقى الإقرار بالقرض وبقى عبء

= مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٤ ص ٢٢٧) . وانظر أيضاً : نقض مدني ١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٢ ص ١٥٠) .

ويلاحظ أن الدائن إذا طرح الإقرار كله ، وأراد أن يثبت الدين بطريق آخر ، فإن له أن يتخذ الإقرار المطروح مبدأ ثبوت بالكتابة ، كما له أن يفعل ذلك عند طرح الإقرار المركب غير قابل للتجزئة على ما سنرى .

- (١) أوبري ورو ١٢ ص ١٢١ هامش رقم ٢٥ مكرر ٣ و ص ١٢٥ .
- (٢) ذلك أن الأصل في الإقرار بوجه عام عدم التجزئة : استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٨٦ — ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٤ — ١٤ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٦٥ — ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٤٨ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١١ — ١٤ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١١٩ — ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٥٩ — ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٠٦ — ١٨ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧١ — ٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٠ — ٥ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٨٢ .
- (٣) استئناف مختلط أول يونية سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٦٣ .

إثبات الوفاء على المدين ، فان هذا يعتبر تجزئة للإقرار حيث لا تصح التجزئة . وكذلك يكون الحكم فيما إذا أقر المدين بأنه اقترض المائة ولكن الدين انقضى بالتجديد (١) أو انقضى بالإبراء . ففي هاتين الحالتين لا يتجزأ الإقرار على صاحبه . ولا يجوز للدائن أن يستبقي من الإقرار ما هو في صالحه ، ويلقى عبء إثبات إما ليس في صالحه على المدين ، فيستبقي ثبوت القرض بالإقرار ويطلب من المدين إثبات التجديد أو الإبراء . وعليه أن يأخذ بالإقرار كله فتكون ذمة المدين قد رثت من الدين ، أو يطرحه كله فعليه هو أن يثبت القرض وعلى المدين أن يثبت التجديد أو الإبراء ، أو يستبقي القرض ثابتاً بالإقرار وعليه هو أن يثبت أن التجديد أو الإبراء الذى يدعيه المدين لا صحة له (٢) ، فاذا اطرح الإقرار كله وأراد أن يثبت القرض ، كان له أن يعتبر الإقرار المطروح مبدأ ثبوت بالكتابة للقرض يعززه بالبينة والقرائن (٣) . أما إذا استبقى القرض ثابتاً بالإقرار، وأراد أن يثبت أن التجديد أو الإبراء لا صحة له ، فلا يجوز فيما يزيد على عشرة جنيهات أن يثبت ذلك إلا بالكتابة (٤) .

في هذه الأحوال الثلاثة — الإقرار بالمديونية مع وفاء الدين والإقرار بها مع التجديد والإقرار بها مع الإبراء — يوجد إقرار مركب من واقعة أصلية وواقعة مرتبطة بها ، وحكم هذا الإقرار أنه لا يتجزأ على صاحبه كما رأينا . والمشارك في هذه الأحوال الثلاثة أن الواقعة المرتبطة تستلزم حتماً وجود الواقعة

(١) انظر عكس ذلك الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٧٩ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٠ — ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠٠ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تجزئة الإقرار لا تحول دون اعتباره مقدمة لإثبات بالكتابة (نقض مدني ٩ يونية سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣٣ ص ٧٩٧) .

(٤) ويمثل الفقهاء أوبري ورو لعدم جواز إثبات الواقعة المرتبطة إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها بالوديعة الاختيارية فيما تريد قيمته على نصاب البينة ، فإذا أقر حافظ الوديعة بأنه تسلم الوديعة ولكنه ردها ، لم يجز للمودع أن يثبت عدم الرد إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها . فاذا كانت الوديعة اضطرارية ، وأقر حافظ الوديعة بأنه تسلمها ولكنه سلمها للشخص الذى عينه المودع ، جاز للمودع أن يثبت بجميع الطرق أن حافظ الوديعة لم يسلمها إلى هذا الشخص (أوبري ورو ١٢ ص ١٣٠ هامش رقم ٣٨ — وانظر أيضاً تعليق بارتان في انطباق هذه الأحكام على النفس-ير الذى يقول به من أن الإقرار قرينة قانونية على صحة المقر به في ص ١٢٩ هامش رقم ٣٦) .

الأصلية . فالوفاء بالدين يستلزم حتماً وجود الدين قبل ذلك ، وكذلك تجديد الدين والإبراء منه كل منهما يستلزم حتماً سبق وجود دين حصل فيه التجديد أو وقع فيه الإبراء . ومن ثم لا يمكن للواقعتين ، الواقعة الأصلية والواقعة المرتبطة بها ، أن تنفك إحداها عن الأخرى ، فهما متلازمتان ولا تصح فيهما التجزئة . أما إذا كانت الواقعة المرتبطة لا تستلزم حتماً وجود الواقعة الأصلية ، فلا تلازم ما بين الواقعتين ، ويمكن تصور وقوع إحداها دون وقوع الأخرى ، ومن ثم كانت التجزئة فيهما جائزة . والمثل المألوف لهذه الحالة هو الإقرار بالقرض مع وقوع المقاصة فيه بدين آخر^(١) . فالمدين هنا قد أقر بالواقعة الأصلية وهي واقعة القرض ، وأضاف إليها واقعة مرتبطة بها وهي وجود دين له على الدائن أوقع المقاصة بين الدينين . وظاهر أنه لا تلازم ما بين الواقعة الأصلية والواقعة المرتبطة ، ومديونية المدين للدائن لا تستلزم حتماً مديونية الدائن للمدين ، كما أن مديونية الدائن للمدين لا تفترض حتماً مديونية المدين للدائن ، إذ أن الدين الذي يدعيه الدائن منفصل عن الدين الذي يدعيه المدين ، ووجود أحدهما لا يستلزم وجود الآخر . ومن ثم كان الفصل بينهما ممكناً ، وصحت التجزئة في الإقرار . فاذا أقر المدين بالقرض ، ولكنه قال إنه سقط بالمقاصة ، كان للدائن في هذه الحالة أن يجزئ الإقرار على المدين . فيعتبر الإقرار قائماً فيما هو في صالحه فقط ، وبذلك يكون القرض ثابتاً بالإقرار ، ولا يكلف الدائن عبء إثباته . أما بقية الإقرار فلا يؤخذ به ، ولا ينتقل عبء الإثبات فيه إلى الدائن ، بل المدين هو الذي يكلف بإثباته إذا أصر عليه . ويكون إذن على المدين أن يثبت أن له ديناً في ذمة الدائن كان سبباً في وقوع المقاصة . فان عجز عن إثبات ذلك بقي الإقرار قائماً في إثبات القرض . ويكون الإقرار قد تجزأ على هذا النحو ، أخذ منه الدائن ما هو في صالحه ، وألتي عبء إثبات ما ليس في صالحه على المدين^(٢) .

(١) استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٧٠ — منوف ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٩٦ ص ٩٠٤ .

(٢) ومثل ذلك أيضاً أن يقر المدعى عليه بالعمل غير المشروع الذي صدر منه ، ولكنه يقول أنه صدر دفاعاً عن النفس . فيتجزأ إقراره ، وعليه أن يثبت هو أنه كان في حالة دفاع شرعى تعفيه من المسؤولية المدنية .

هذا ويجوز للقاضي تفسير الإقرار الغامض ، ولا يعد هذا تجزئته له (أوبرى ورو ١٢ ص ١٣٠ — ص ١٣١ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٢١) — كذلك تصح تجزئة الإقرار =

والمعيار الذى اتخذه هنا لمعرفة ما إذا كان الإقرار المركب لا يتجزأ على صاحبه أو يتجزأ هو معيار تشريعى ذكره التقنين المدنى الجديد كما رأينا فى الفقرة الثانية من المادة ٤٠٩ حيث يقول : « ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى ^(١) » . ولا تزال هذه المسألة محل خلاف فى الفقه

= إذا كانت الواقعة المرتبطة غير محتملة التصديق أو كانت متعارضة مع الواقعة الأصلية (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٣ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٠ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣١٦ ص ٤١٢ — قارن أوبرى ورو ١٢ ص ١٢٨ — وقارن أيضاً دى باج ٣ ص ١٠٤٧ — ص ١٠٥٧) .

ويلاحظ أن ما قدمناه من الأحكام فى تجزئة الإقرار إنما يكون فى المسائل المدنية . أما فى المسائل الجنائية فالإقرار تجوز تجزئته دائماً ، ويأخذ منه القاضى ما يقتنع بصدقه ويطرح ما لا يرى صحته . وهذا ما لم تكن الجريمة قائمة على أساس عقد مدنى — كالتبديد — فإثبات هذا العقد عن طريق الإقرار يخضع للقواعد المدنية فى تجزئة الإقرار على النحو الذى قدمناه (أوبرى ورو ١٢ ص ١٢٢ هامش رقم ٢٥ مكرر ٤ — نقض جنائى ٢٣ أبريل سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٢/٩٠ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٥٩ — ٤ مايو سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٦٩ — استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٦٩ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٣٢) .

(١) ولم يكن المشروع الأولى للإثبات الذى سبق المشروع التمهيدى يفسح مجالاً لتجزئة الإقرار ، بل كان يقضى بأن الإقرار لا يتجزأ . فكانت المادة ٣٨ من هذا المشروع تنص على أن « الإقرار لا يتجزأ على صاحبه » . وكانت المادة ٣٩ من المشروع تنص على أنه « لا محل لعدم التجزئة : (١) إذا ثبتت الواقعة المتنازع فيها عن طريق آخر مستقل عن الإقرار (٢) إذا كان هناك إقراران متميزان ينصبان على واقعتين مختلفتين (٣) إذا تقدم ، وفقاً للقواعد العامة ، دليل لإثبات عكس أحد العناصر التى يتكون منها الإقرار » . لذلك جاءت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وهى تشرح فى الواقع المشروع الأولى ، دون نظر إلى ما أدخل على هذا المشروع من تعديل . فورد فيها ما يأتى : « وتعرض مسألة عدم التجزئة بالنسبة للإقرار المركب ، أى مسألة معرفة ما إذا كان يجوز لمن وجه الإقرار إليه أن يأخذ منه ما يرى فيه مصلحة له وأن يهمل الشق المضاف . إلا أن من المقرر أن الشق المضاف يعتبر غير منفك عن جملة الإقرار ، موصوفاً كان الإقرار أو غير موصوف ، إذ لولاه لما صدر الاعتراف . ثم إن الإقرار بأسره هو الذى يعتبر حجة ، لا جزء منه فحسب . ويتروى على ذلك أن الإقرار المركب لا يتجزأ ، موصوفاً كان أو غير موصوف ، بل يتعين على من يتمسك به بصفته هذه أن يعتد به بأسره . وقد نصت بعض التقنيات على استثناءات من حكم القاعدة العامة فى عدم تجزئة الإقرار . بيد أن إيمان النظر فى هذه الاستثناءات يكشف عن خلوها عن معنى الشذوذ عن حكم الأصل لأنها لا تتعلق بإقرارات مركبة ، ومسألة التجزئة لا تعرض إلا عند التراكم . فقاعدة عدم تجزئة الإقرار قاعدة عامة لا يرد على إطلاقها قيد أو حده . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٧ =

الفرنسي^(١) . وكان القضاء المصري في عهد التقنين المدني السابق يطبق هذا

(= ص ٤٣٨) . وواضح أن هذا إنما يصلح تقريراً لأحكام المشروع الأولى قبل أن يعدل في المشروع التمهيدى بإدخال التعديل الخاص بجواز تجزئة الإقرار إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى (انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٧٩ هامش رقم ١) . أما ما أوردته المادة ٣٩ من المشروع الأولى من أحكام ، فهي نفس الأحكام التي أوردناها في خصوص عدم تجزئة الإقرار ، لا في خصوص تجزئته . فأن الإقرار يبقى غير قابل للتجزئة حتى إذا ثبتت الواقعة المتنازع فيها عن طريق آخر غير الإقرار ، وحتى لو ثبت عكس أحد العناصر الذي يتكون منها الإقرار . أما إذا كان هناك إقراران متميزان ينصبان على واقعتين مختلفتين ، فالأخذ بإقرار دون آخر ليس تجزئة لإقرار واحد ، بل هو فصل ما بين إقرارين متميزين .

(١) والكثرة من الفقهاء الفرنسيين يذهبون إلى أنه إذا كانت الواقعة المرتبطة ليست إلا النتيجة العادية (ordinaire) أو العرضية (accidentel) للواقعة الأصلية ، بحيث يكون حصول الواقعة المرتبطة يستلزم حتماً (suppose nécessairement) سبق حصول الواقعة الأصلية ، كان الإقرار غير قابل للتجزئة ، وذلك كما إذا أقر المدين بالدين ولكنه قال إنه انقضى بالوفاء أو بالتجديد أو بالإبراء . فإذا كانت الواقعة المرتبطة مستقلة كل الاستقلال عن الواقعة الأصلية ، فإن الإقرار يتجزأ ، كما إذا أقر المدين بالدين ولكنه قال إنه سقط بالمقاصة . وهذا هو المعيار الذي أخذ به التقنين المدني المصري الجديد كما رأينا (انظر في هذا المعنى أوبري ورو ١٢ ص ١٢٣ - ص ١٢٥ - توليه ٥ فقرة ٣٣٩ - لارومبيير م ١٣٥٦ فقرة ١٥ - ديمولومب ٣٠ فقرة ٥١١ وفقرة ٥١٣ - لوران ٢٠ فقرة ١٩٣ - ماركاديه م ١٣٥٤ و م ١٣٥٦/٢ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧١٦ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣١٦) .

وهناك فريق من الفقهاء يذهبون إلى أن الإقرار إنما يكون غير قابل للتجزئة إذا كانت الواقعة المرتبطة تقابل تماماً (correspond exactement) الواقعة الأصلية ، كالوفاء يقابل وجود الدين . فإذا لم يكن هناك تقابل تام ما بين الواقعتين ، تجزأ الإقرار . فيتجزأ إذن ، ليس فحسب في حالة ما إذا كانت الواقعة المرتبطة هي المقاصة ، بل أيضاً إذا كانت هي التجديد أو الإبراء . أما في حالة الوفاء فلا يتجزأ الإقرار لأن التقابل تام ما بين الواقعة الأصلية والواقعة المرتبطة (تعليقات بارتان على أوبري ورو ١٢ ص ١٢٤ هامش رقم ٢٦ مكرر ، بلانيول وريبيير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٥ ص ١٠٤٥ - ص ١٠٤٦ - قارن بلانيول وريبيير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٢٩١ . ويشير بارتان إلى أن نظرية أوبري ورو في تجزئة الإقرار هي أكثر اتفاقاً مع ما ذهب هو إليه من أن الإقرار قرينة قانونية على صحة المقر به : أوبري ورو ١٢ ص ١٢٠ هامش رقم ٢٥ مكرر) .

ويذهب دي باج إلى العكس من ذلك فيجعل الإقرار غير قابل للتجزئة ، لا في حالات الوفاء والتجديد والإبراء فحسب ، بل أيضاً في حالة المقاصة ذاتها . فعنده أن الإقرار ، بنسباً كان أو موصوفاً أو مركباً ، لا يتجزأ ، دون أى استثناء (دي باج ٣ ص ١٠٤٧ - ص ١٠٥٧) وهذا هو الرأي الذي كان المشروع الأولى للاثبات قد أخذ به كما قدمنا ، والظاهر أنه كان منقولاً عن دي باج .

المعيار^(١). ومهما يكن من أمر فقد أحسن المشرع المصرى صنعا إذ حسم

(١) الموجز للمؤلف فقرة ١٥٩ . وقد قضت محكمة مصر الكلية بأن الإقرار إما أن يكون بسيطاً أو تاماً ، وإما أن يكون موصوفاً أو معدلاً ، وإما أن يكون مركباً . فالبسيط هو الاعتراف بالحق كاملاً . والإقرار الموصوف هو عدم الاعتراف بالأمر المدعى به كما هو ، كما إذا ادعى شخص على آخر بدين فاعترف به الأخير ، إنما قال انه دين قار ، ومثل هذا الإقرار غير قابل للتجزئة — أما الإقرار المركب فهو الإقرار بالواقعة الأصلية غير معدلة ولا موصوفة ، وإنما هي مصحوبة بواقعة أخرى منفصلة عنها يصح أن تعتبر نفيها لها . فإذا كانت الواقعة الأخرى غير مرتبطة بالواقعة الأصلية ، بحيث أن حصولها لا يتحتم معه وجود الأولى ، فليس هناك ما يمنع من تجزئة الاعتراف ، كما إذا ادعى شخص على آخر ديناً فاعترف الآخر به ، وإنما ادعى بالمقاصة فيه ، فانه في هذه الحالة يلزم المقر باثبات الدين الذي له بالطرق المعتادة (مصر الكلية ٧ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٦ رقم ٤٣٣ ص ٩٣٧) . وقضت محكمة ملوى بأن تجزئة الإقرار جائزة في أحوال معينة منها : (أولاً) إذا كانت الواقعة الأخرى غير مرتبطة بالواقعة الأصلية بحيث أن حصولها لا يؤثر على كيان الأولى ووجودها لاختلاف موضوعيهما أو طبيعتهما أو الأشخاص الذين تعلقت بهم كل واقعة . فإقرار أحد الورثة باستلام مبلغ مخلف عن المورث ضمن التركة الموروثة ، وادعاؤه في وجه الورثة الذين لهم نصيب فيه بأنه دفعه في ديون كانت على المورث هو إقرار مركب قابل للتجزئة ، لأن ادعاء السداد لدائى التركة هي واقعة غير مرتبطة بالواقعة الأصلية ارتباطاً لا يقبل التجزئة لاختلاف موضوع كل واقعة من الواقعتين لتباين الأشخاص في كليهما ، ولما تستلزمه الواقعة التي أردف بها الإقرار من تحقيق ديون الدائنين وسببها ومقدارها وترتيبها في الذمة . (ثانياً) وقوع تناقض في أقوال المقر ، أو إذا كانت الواقعة التي أضافها لإقراره ظاهرها الغش أو الكذب (٣ سبتمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٣١ ص ٤٤٦) . وقضت محكمة طنطا الكلية بأنه من المقرر قانوناً أن الإقرار إذا كان جنائياً، فانه يقبل التجزئة . والعلة التي أجاز المشرع من أجلها تجزئة الإقرار الجنائى هي أنه ليس حجة في ذاته ، بل هو خاضع لتقدير القاضى واقتناعه ، فله أن يفحص كافة أجزائه ولا يأخذ منها إلا بما يقنعه ، وله أن يرفضه بأكمله أو يرفض بعضه فقط ويقتنع بالبعض الآخر . ومع ذلك يكون الاعتراف الجنائى غير قابل للتجزئة إذا كان موضوعه عقداً من العقود المدنية وتوقف عليه الجريمة وكان الاعتراف هو الطريق الوحيد لإثباتها طبقاً لأحكام القانون المدنى . وإنما أجاز المشرع تجزئة الإقرار الجنائى لكي يترك للقاضى الجنائى الحرية في تكوين عقيدته للحكم في الدعوى الجنائية وفي سبيل الحكم فيها ، ولا يمكن أن يؤخذ بهذه التجزئة للفصل في دعوى مدنية تكون مرتبطة بها (أول مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤٣٩ ص ٩٤٨) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الإقرار المركب لا يتجزأ إذا كانت الواقعة المرتبطة هي النتيجة العادية (ordinaire) أو العرضية (accidentel) للواقعة الأصلية . أما إذا كانت الواقعتان مستقلتين كل منهما عن الأخرى بحيث لا يستلزم وجود إحدى الواقعتين وجود الواقعة الثانية ، فان الإقرار تصح تجزئته : استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٢ — أول مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٦٧ — ٢٠ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٧٥ —

الخلاف بنص قاطع^(١) .

٢٦٣ — رقابة محكمة النقض : ومن الواضح أن مسألة تجزئة الإقرار أو عدم تجزئته مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة محكمة النقض . فإذا جزأت محكمة الموضوع إقراراً لا تصح تجزئته ، أو رفضت تجزئة إقرار تصح تجزئته ، كان حكمها غير سليم ويتعين نقضه . ولكن يجب أن تثار مسألة التعجزة أمام محكمة الموضوع ، فلا يصح أن تثار لأول مرة أمام محكمة النقض^(٢) .

= ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٩ — ٥ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٢ —
وانظر في عدم تجزئة الإقرار الموصوف : استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥
ص ٦٠ — ١٧ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤١٢ .
(١) انظر في أن الإقرار يتجزأ في الفقه الإسلامي : طرق القضاء في الشريعة الإسلامية للأستاذ
أحمد إبراهيم ص ١٣٥ - ص ١٣٧ .
(٢) أوبري ورو ١٢ ص ١٣١ - دي پاچ ٣ ص ١٠٥٨ - ١٠٥٩ - بيدان وبرو ٩
فقرة ١٣١٦ ص ٤١٣ — نقض فرنسي ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٣-١-٧٩ —
٤ يوايه سنة ١٩٠٥ سيريه ١٩٠٦-١-٨٨ .

الفصل الثاني

اليمين

٢٦٤ - اليمين بوجه عام : اليمين قول يتخذ فيه الحالف الله شاهداً على صدق ما يقول أو على انجازه ما يعد، ويستنزل عقابه إذا ما حنث . ويستخلص من هذا التعريف أمران :

(١) لا تعتبر اليمين عملاً مدنياً فحسب ، بل هو أيضاً عمل ديني . فالحالف إنما يستشهد الله ، ويستنزل عقابه . ولا يكفي أن يؤكد الإنسان صدق قوله أو وعده ليكون حالفاً ، مادام لم يستشهد الله على ذلك . وتكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف : « أحلف » (م ١٨٠ مرافعات) . ولكن إذا كانت هناك أوضاع مقررة في دين من يحلف اليمين ، جاز له أن يطلب تأدية اليمين وفقاً لهذه الأوضاع (م ١٨١ مرافعات) . وعلى العكس من ذلك إذا كان دين من يحلف يفرض عليه ألا يقسم باسم الله ، بل يقتصر على مجرد التأكيد ، جاز له أن يكتفي بذلك مادام هذا التأكيد يعتبر يمينا في دينه .

(٢) تكون اليمين إما لتوكيد قول (probatoire, affirmatif) أو لتوكيد وعد (promissoire) . فاليمين لتوكيد قول هي اليمين التي تؤدي لتوكيد صدق الحالف فيما يقرره . واليمين لتوكيد وعد هي اليمين التي تؤدي لتوكيد إنجاز وعد أخذه الحالف على نفسه ، مثل ذلك اليمين التي يحلفها القضاة ورجال النيابة والخبراء والشهود وبعض الموظفين (كموظفي السلك الدبلوماسي والقنصلي) على أن يؤديوا أعمالهم بالأمانة والصدق أو أن يقرروا الحق فيما به يشهدون^(١) .

٢٦٥ - اليمين القضائية واليمين غير القضائية : والذي يعنينا هنا هي

اليمين لتوكيد قول ، لأنها هي اليمين التي تدخل في منطقة الإثبات . وهي إما أن تكون يمينا قضائية (serment judiciaire) تؤدي أمام القضاء ، أو غير قضائية (serment extrajudiciaire) تؤدي أو يتفق على تأديتها في غير مجلس القضاء .

(١) انظر في اليمين على الماضي أو على الحال أو على الآتي في الفقه الإسلامي : طرق القضا في الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠ .

واليمين غير القضائية ليست لها أحكام خاصة ، بل تتبع في شأنها القواعد العامة . فاذا اتفق شخصان على أن أحدهما يحلف اليمين على حق مدعى به ، فهذا الاتفاق لا يجوز إثباته بالبينة أو القرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها ذلك . أما حلف اليمين ذاتها فواقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات . والنتائج التي تترتب على حلف اليمين غير القضائية هي النتائج التي اتفق عليها الطرفان ، ولا يجوز ردها إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك . ويندر أن يلجأ الخصوم إلى الاتفاق على يمين غير قضائية (١) .

٢٦٦ — اليمين الحاسمة واليمين المنعقدة : وإذا وقفنا عند اليمين القضائية ،

وهي اليمين الغالبة ، وجدناها نوعين : (١) اليمين الحاسمة (serment litis-décisoire) وهي يمين يوجهها الخصم إلى خصمه يحتكم بها إلى ضميره لحسم النزاع . (٢) اليمين المتممة (serment supplétoire, supplétif) ، وهي يمين يوجهها القاضي إلى أي من الخصمين ليستكمل بها الأدلة التي قدمها هذا الخصم .

واليمين الحاسمة ، دون اليمين المتممة ، هي التي كان ينبغي أن تدخل وحدها في هذا الباب ، لأنها هي التي تعفى من الإثبات . أما اليمين المتممة فهي طريق تكميلي للإثبات ، ولا تعفى منه . ولكن اشتراك اليمينين في كثير من الأحكام يجعل من المناسب جمعهما في فصل واحد . فتكلم في كل منهما .

الفرع الأول

اليمين الحاسمة

٢٦٧ — تكليف اليمين الحاسمة : عندما يعوز الخصم الدليل الذي

يسمح به القانون لإثبات دعواه ، ولا يقر له خصمه بصحة ما يدعيه ، لا يبقى أمامه إلا طريق واحد يلجأ إليه ، هو أن يحتكم إلى ضمير هذا الخصم . فيوجه إليه

(١) انظر في اليمين غير القضائية بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٨ — فقرة ٢٧٢٨ مكررة — الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ٢ ص ٦٧ — ص ٧٣ .

اليمين الحاسمة يطلب إليه حلفها لحسم النزاع ، ولا يملك من وجهته إليه اليمين إلا أن يقبل هذا الاحتكام . وهذا هو الإسعاف الذي يتقدم به القانون إلى الخصم الذي يعوزه الدليل القانوني ، بل هذه هي الكفارة التي يكفر بها القانون عن تشدده في اقتضاء أدلة قضائية معينة لا يغني عنها بديل . فالقانون ، إذ يتشدد في اقتضاء أدلة معينة ، لا يصل إلا إلى الحقيقة القضائية ، وهي بعد حقيقة نسبية ، وذلك سعيًا وراء الاستقرار . ولكنه ، بعد أن يقضي واجب الاستقرار ، يرضى جانب العدل ، يتمكن من يعوزه الدليل القضائي من أن يحتكم إلى ضمير خصمه الذي أنكر عليه ما يدعيه من حق ، فيوجه إليه اليمين الحاسمة . فان حلفها الخصم ، فقد أثبت بذلك أن ضميره راض بانكار صحة الادعاء ، ولما كان هذا الادعاء لا دليل عليه ، لم يبق بد من الحكم برفضه . وإن نكل ، كان في هذا النكول إقرار ضمني بصحة الادعاء ، فوجب الحكم عليه بمقتضى هذا الإقرار (١) .

ويتبين من ذلك أن توجيه اليمين الحاسمة هو تصرف قانوني (acte juridique) ، إذ هو إرادة الخصم الذي يوجه اليمين في أن يحتكم إلى ضمير خصمه بما يترتب على ذلك من نتائج قانونية . والاحتكام على هذا النحو يعتبر تصرفاً قانونياً يتم بإرادة منفردة (acte juridique unilatéral) ، إذ هو ينتج أثره بمجرد توجيه اليمين . وسرى أن توجيه اليمين يجوز الرجوع فيه إلى أن يقبل الخصم الذي

(١) على أنه يجوز الاتفاق مقدماً ما بين الطرفين على عدم جواز توجيه اليمين الحاسمة من أحدهما إلى الآخر في خصومة معينة . فليس في هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام أو الآداب ، ويسوغه أن بعض الناس تمنعه عقيدته الدينية من الحلف ، أو هو يرى في الحلف إحراجاً له وإيذاء لضميره ، هذا إلى أن طرق الإثبات كما قدمنا يجوز الاتفاق على تعديلها والاقترار على طريق منها دون طريق (أنظر في هذا المعنى : أسيوط الكلية ١٤ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٤٣٧ ص ١٠٤٢ — بنى مزار ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٣٥٩ ص ٨٨٢ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٥٨٥ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٣٤) . ولكن محكمة الاستئناف المختلطة قضت بأن الاتفاق قبل قيام الخصومة على عدم جواز توجيه اليمين الحاسمة اتفاق باطل لا ينتج أثره ، لأن الطرفين لا يستطيعان ، والخصومة لما تقم ، أن يدركا مدى ما تعهدا به (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٦) . وهذا قريب مما كان يجري عليه القضاء ، قبل صدور التقنين المدنى الجديد ، من التمييز ، في الاتفاق على طرق الإثبات ، ما بين اتفاق يعقد قبل قيام الخصومة فيكون باطلاً ، واتفاق يتم بعد قيام الخصومة فيكون صحيحاً .

وجهت إليه اليمين أن يحلف ، ولكن هذا ليس قبولا لإيجاب ، إذ أن الخصم الذى وجهت إليه اليمين لا يملك إلا أن يقبل الحلف أو أن يرد اليمين على من وجهها ، أى أنه لا يملك إلا قبول الاحتكام إلى ضميره أو أن يحكم هو ضمير الخصم الذى وجه اليمين . ومن ثم لا يكون توجيه اليمين تصرفاً يحتاج إلى قبول ، بل القبول هنا هو لجعل حق الخصم فى أن يحلف اليمين أو يردها حقاً غير قابل للنقض ، كحق المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير عند ما يقبل ما اشترط لمصلحته . هذا إلى أن توجيه اليمين تصرف شرطى (acte-condition) ، لأن الخصم إنما يعلن إرادته فى أن ينتفع بنظام استقل القانون بتقرير أحكامه ، ولا يستطيع الخصم لهذه الأحكام تبديلاً (١) .

وسرى أن هذا التكييف لليمين الحاسمة ترتب عليه آثار قانونية هامة . وهو التكييف الذى نقف عنده . والفقه يتردد فى تكييف اليمين الحاسمة بين أنها تحكيم أو صلح (٢) . والذى يقطع فى أنها ليست بصلح أن الصلح يقتضى نزول كل من المتصالحين عن جانب من ادعائه ، ومن يوجه اليمين لا ينزل عن شيء

(١) انظر الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ١٩٧ هامش رقم ١ .
(٢) وقد جاء فى الموجز للمؤلف فى هذا المعنى ما يأتى : « فاليمين الحاسمة نوع من الصلح أو التحكيم يقصد به حسم النزاع . والخصم الذى يوجهها يصطلح مع خصمه أو يتحاكم إلى ذمته ، والخصم الذى توجه إليه بالخيار بين الحلف والرد . فإذا رد كان هذا صلحاً جديداً أو تحاكماً إلى ذمة الخصم الأول » (الموجز فقرة ٦٦٣) . وانظر فى أن توجيه اليمين ضرب من الصلح أوبرى ورو ١٢ ص ١٣٧ — هيك ٨ فقرة ٣٥٧ — ديمولومب ٣٠ فقرة ٥٨٠ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٣٠ بيدان — وپرو ٩ فقرة ١٣٢٣ ، وفى أنه مبدأ اتفاق أو مبدأ صلح على الإثبات (commencement d'une convention, d'une transaction sur la preuve) لا ينطوى على تضحية من الجانبين : بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٣ — ص ١٠٤٩ — ويؤخذ على هذا رأى أن توجيه اليمين ليس باتفاق بل هو تصرف بإرادة منفردة كما قدمنا ، وأن الصلح لا يمكن إلا أن ينطوى على تضحية من الجانبين . ويقول دى پاچ أن توجيه اليمين اتفاق من نوع خاص يقوم على أساس من العدالة (دى پاچ ٣ ص ١٠٧٣ — ص ١٠٧٧) — ويقول الأستاذ أحمد نشأت فى كتابه فى الإثبات الجزء الثانى أن اليمين الحاسمة قريبة من عقد التحكيم (فقرة ٥٣٧) ، وأن توجيهها تنازل عن الحق المدعى به معلق على شرط تأديتها (فقرة ٥٣٨) ، وأنها نوع من الصلح بين الطرفين (فقرة ٥٣٩) ، وأنها نوع خاص من التصرفات (فقرة ٥٤١) — ويذهب الأستاذ سليمان مرقس إلى أن توجيه اليمين تصرف قانونى من التصرفات التى يسميها ديجيه بالتصرفات الشرطية (actes-condition) وهذا رأى صحيح .
(أصول الإثبات ص ١٩٧ هامش رقم ١) .

دون شيء ، فهو إما أن يخسر كل دعواه أو يقضى له بها كلها . فإذا ما خسر دعواه أو كسبها فليس ذلك مترتباً على إرادته ، بل هي النتيجة المحتمة لاحتكامه إلى ضمير خصمه . وضمير الخصم هو الذى حكم : إما بخسارة الدعوى إذا حلف الخصم ، أو بكسبها إذا نكل . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يؤيد هذا التكييف (١) .

(١) وهذا ما جاء فيها : « أما فيما يتعلق بطبيعة اليمين الحاسمة ، فالرأى فى الفقه على أن اليمين تعاقد ، أو صلح بعبارة أخرى . وقد جرى القضاء المصرى على هذا الرأى (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١٩ — ١٩ و ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥١) . بيد أن مذهب الفقه والقضاء فى هذا الشأن قد استهدف لنقد فريق من الفقهاء . وقد ذكر هذا الفريق أن الأعمال التحضيرية للقانون الفرنسى قد جاء بها ما يؤخذ منه أن اليمين ليست سوى احتكام إلى الذمة . ويراعى أولاً أن كل تعاقد يفترض إيجاباً وقبولا ، والملاحظ فى القبول هو ثبوت الخيار لا التسليم على سبيل الإلزام ، فان انتهى هذا الخيار فليس ثمة تراض أو تعاقد . بيد أن من توجه اليمين إليه لا يستطيع أن يرفض مشيئة من وجهها ، وأن يطلب إقامة الدليل على الدعوى أو الدفع بطرق الإثبات الأخرى ، بل يمتنع عليه بحكم القانون أن يعمل الرخصة التى يثبتها له على وجه من وجوهها الثلاثة : فاما أن يؤدى اليمين ، وأما أن ينكل عنها ، وإما أن يردّها . ومؤدى هذا أن اليمين ليست تعاقد ، وهى ليست كذلك من الصلح فى شيء لأن الصلح يفترض تنازل كل من المتعاقدين عن جانب من مزاعمه . أما من يوجه اليمين فهو لا يملك طريقاً من طرق الإثبات بل هو يوقن ابتداء بخسارة دعواه ، وهو بالالتجاء إلى اليمين لا يتنازل عن شيء ما ، لأن توجيه هذه اليمين يتمحض لمنفعته . والواقع أن اليمين ليست إلا تأكيد واقعة أمام القاضى ، فى ظل ضمانه من الذمة أو العقيدة الدينية . وهى بهذا الوصف ليست إلا علاجاً يحد من مساوىء نظام تقييد الدليل ، باعتبار هذا النظام ضرورة لا معدى عنها لتأمين استقرار المعاملات ، وإن كان تطبيقه فى نطاق العمل قد يسفر عن نتائج تناقض العدالة . فادعاء من فاته تحصيل الدليل المقرر من جراء إهمال أو إسراف فى الثقة قد يكون صحيحاً ، رغم انتفاء هذا الدليل . ولو التزمت الأحكام العامة فى القانون لترتب عليها إخفاقه ، لكن العدالة تقتضى الترخيص له بالاحتكام إلى ذمة خصمه . . . والواقع أن حق الخصم فى الاحتكام يقابله التزام الخصم الآخر بالاستجابة لتلك الدعوة ، وإلا أصبح هذا الحق مجرداً من الأثر والجدوى . فالخصم يلتزم بحكم القانون بالتخلى عن التقيد بقواعد القانون والاحتكام إلى العدالة . بيد أن حق الاحتكام إلى الذمة قد أثبتته القانون للخصم الآخر أيضاً ، واحتفظ له به ، إذ جعل له أن يرد اليمين ويحتكم بذلك إلى ذمة من وجهها إليه . . . ثم إن القول بأن فكرة التصرف المنعقد بإرادة واحدة هى أساس النتيجة التى تسفر عنها اليمين ، وأن اليمين تكون حجة قاطعة لأن من يوجهها يلتزم بإرادته المنفردة بالاحتكام إلى ذمة خصمه ، يخالف المنطق كذلك . والواقع أن القانون هو الذى يخول من يعوزه الدليل حق الاحتكام إلى ذمة خصمه ، ولكنه عندما يمنحه هذا الحق يعين آثاره ، وهى تنحصر فى قبول الطلب أو الدفع أو رفضه ، بحسب ما إذا كانت اليمين التى توجه أو ترد تؤدى أو ينكل عنها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٥ — ص ٤٤٧) .

ثم إن الحلف ذاته هو دون شك واقعة قانونية ، لأنه عمل مادي يترتب عليه أثر قانوني هو الحكم برفض دعوى من وجه اليمين . ورد اليمين تصرف قانوني كتوجيه اليمين ، إذ هو أيضاً احتكام إلى ذمة الخصم . والنكول عن اليمين عمل مادي سلبي ، ولكنه ينطوي على تصرف قانوني ، إذ النكول يتضمن إقرار بدعوى من وجه اليمين أو ردها ، فالنكول والإقرار سواء في التكييف القانوني . أما اليمين المتممة ، توجيهاً وحلفاً ونكولاً ، فواقعة قانونية ، إذ هي عمل مادي محض ، وهي طريق من طرق الإثبات التكميلية .

٢٦٨ - مبحثه : وبعد أن كيفنا اليمين الحاسمة على الوجه السالف الذكر ، نتناول هذه اليمين في مبحثين : (١) توجيه اليمين الحاسمة (٢) الآثار التي تترتب على توجيهها .

المبحث الأول

توجيه اليمين الحاسمة

٢٦٩ - مسائل خمس : نبحث ، في توجيه اليمين الحاسمة ، المسائل الآتية : (١) من يوجه اليمين الحاسمة (٢) لمن توجه (٣) متى توجه (٤) موضوعها (٥) عدم جواز الرجوع فيها .

المطلب الأول

من يوجه اليمين الحاسمة

٢٧٠ - النص من القانون : تنص الفقرة الأولى من المادة ٤١٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ،

على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها^(١) .
ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٢٤/٢٨٩^(٢) .
ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري
المادتين ١١٢ و ١١٣ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٧١ ، وفي تقنين أصول
المحاكمات المدنية اللبناني المادتين ٢٢٨ و ٢٩٩ فقرة أولى ، وفي التقنين المدني
الليبي المادة ٣٩٩ فقرة ١^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٥٤٨ من المشروع التمهيدي
على الوجه الآتي : « يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ، ولكن
لا يكون ذلك إلا بإذن من القاضي » . وأقرت لجنة المراجعة الفقرة كما هي ، وأصبحت الفقرة
الأولى من المادة ٤٢٣ في المشروع النهائي . وفي اللجنة التشريعية لمجلس النواب استبدلت بعبارة
« ولكن لا يكون ذلك إلا بإذن من القاضي » عبارة « على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين
إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها » ، لأن العبارة الواردة في النص الأصلي تفيد أن توجيه اليمين
الحاسمة معلق دائماً على إذن القاضي . ولما كان ما قصده واضعو المشروع هو أن يستبقوا
للمتقاضين الحرية في توجيه اليمين الحاسمة ، على أن يكون للقاضي حق منع توجيهها إذا رأى أنها
كيدية وأن الخصم متعسف في توجيهها ، لذلك كان التعديل الذي أدخلته اللجنة على المادة أكفل
بأداء هذا المعنى . وقد وافق مجلس النواب على الفقرة كما عدلتها لجنته التشريعية ، وأقرت لجنة
مجلس الشيوخ الفقرة على الوجه الذي عدلت به وأصبحت الفقرة الأولى من المادة ٤١٠ . ووافق
عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٢ - ص ٤٤٣
وص ٤٤٧ - ص ٤٤٨) .

(٢) كانت المادة ٢٢٤/٢٨٩ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : « يجوز
لكل من الأخصام أن يكلف الآخر باليمين الحاسمة للنزاع . وفي هذه الحالة يجوز للمطلوب منه
اليمين أن يردّها على الطالب » . ولم يتضمن هذا النص العبارة التي تقضي بأنه يجوز للقاضي أن يمنع
توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها . ولكن القضاء كان يطبق هذا الحكم دون نص
كما سرى . ومن ذلك يتبين أن الحكم واحد في التقنينين الجديد والقديم فيما يتعلق بالفقرة الأولى
من المادة ٤١٠ من التقنين المدني الجديد .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى - قانون البينات السوري م ١١٢ : اليمين الحاسمة
هي التي يوجهها أحد المتداعين لخصمه ليحسم بها النزاع - م ١١٣ : يجوز لكل من الخصمين أن
يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ، ولكن لا يكون ذلك إلا بإذن المحكمة . (يلاحظ أن
ضرورة استئذان المحكمة هي لمنع التعسف في توجيه اليمين . فالحكم إذن واحد في القانونين المصري
والسوري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٧١ : يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم
الآخر ، ولكن لا يجوز ذلك إلا بإذن المحكمة (ويلاحظ هنا أيضاً أن ضرورة استئذان المحكمة
هي لمنع التعسف في توجيه اليمين . فالحكم إذن واحد في التقنينين المصري والعراقي) . =

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادتين ١٣٥٧ و ١٣٥٨ (١).

٢٧١ — أى من الخصمين يستطيع توجيه اليمين : والذي يوجه اليمين الحاسمة هو أى من الخصمين يكون عليه عبء إثبات واقعة قانونية . فالمدعى وعليه عبء إثبات الدعوى ، والمدعى عليه وهو الذى يثبت الدفع ، يستطيع أى منهما أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه فيما يجب عليه هو أن يثبته ، فيستبدل بعبء الإثبات الاحتكام إلى ضمير الخصم .

٢٧٢ — ما يترتب على أنه توجيه اليمين تصرف قانونى — الأهلية وعيوب الإرادة والوطأة الخاصة والعسورية : ولما كان توجيه اليمين الحاسمة هو كما قدمنا تصرف قانونى ، إذ هو تحكم لضمير الخصم ، فإنه يجب لصحته

= تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٢٨ : اليمين القضائية نوعان : (أولاً) اليمين الحاسمة وهى التى يكلف أحد المتداعين خصمه أن يحلفها ليحكم فى القضية موقوفاً عليها — (ثانياً) اليمين التكميلية وهى التى يكلف القاضى من تلقاء نفسه أحد المتداعين أن يحلفها — م ٢٢٩ فقرة ١ : لا يجوز طلب اليمين الحاسمة إلا باذن من القاضى . (ونلاحظ فيما يتعلق باذن القاضى ما سبق أن لاحظناه فى القانون السورى والتقنين العراقى) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة — م ٣٩٩ فقرة ١ : لا يجوز توجيه اليمين ولا ردها لحسم قضية تتعلق بحقوق ليس للخصوم حق التصرف فيها ، ولا بواقعة غير مشروعة ، ولا بمقد يتطلب القانون إثبات صحته كتابة ، ولا بإنكار واقعة يتبين من ورقة رسمية أنها جرت بحضور موظف عمومى حرر الورقة نفسها . (ونلاحظ أنه يستفاد من مفهوم المخالفة أنه يجوز توجيه اليمين وردها فيما عدا ذلك . ولم ينص التقنين الليبى على جواز منع القاضى توجيه اليمين إذا كان فى توجيهها تعسف) .

(١) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٥٧ : اليمين القضائية نوعان ، يمين يوجهها الخصم إلى خصم ليحكم فى القضية موقوفاً عليها وهذه هى اليمين الحاسمة ، ويمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين — م ١٣٥٨ : توجه اليمين الحاسمة فى كل خصومة ، أياً كان نوعها .

Art. 1357 : Le serment judiciaire est de deux espèces ; 1° Celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause ; il est appelé décisoire; 2° Celui qui est déféré d'office par le juge à l'une ou à l'autre des parties.

Art. 1358 : Le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit.

ما يجب لصحة التحكيم . وقد نصت المادة ٨١٩ من تقنين المرافعات على أنه « لا يصح التحكيم إلا ممن له التصرف في حقوقه » . هذا من ناحية الأهلية . ومن ناحية الإرادة يجب أن يكون توجيه اليمين الحاسمة غير مشوب بغلط أو تدليس أو إكراه . ومن ناحية التوكيل في توجيه اليمين يجب أن تكون هناك وكالة خاصة كما في التحكيم ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ من التقنين المدني على أنه « لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء » . ولما كان توجيه اليمين تصرفاً قانونياً كما قدمنا ، فإنه ترد عليه الصورية كما ترد على الإقرار . ومن ثم نرى أن توجيه اليمين ، كالإقرار ، تشترط فيه الأهلية الكاملة ، ويجب أن يكون خالياً من عيوب الإرادة ، ولا بد فيه من وكالة خاصة ، وترد عليه الصورية .

فيشترط إذن في الخصم الذي يوجه اليمين أن يكون كامل أهلية التصرف^(١) ، أى أن يكون قد بلغ سن الرشد وألا يكون محجوراً . فالصبي الذي لم يبلغ سن الرشد ، والمحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، لا يجوز لأى منهما أن يوجه اليمين إلا بنائب عنه يملك ذلك . والنائب قد يكون الولي ، وهو يملك توجيه اليمين لأنه يملك التصرف ، والوصي والقيم ، وهذان لا يجوز لهما توجيه اليمين إلا في الأعمال التي يملكها وهي أعمال الإدارة ، أما في أعمال التصرف فلا بد في توجيه اليمين من إذن المحكمة الحسبية^(٢) .

(١) انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٢٧ ص ١٩٨ هامش رقم ١ — ومن الفقهاء من يشترط أهلية التبرع : الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٥٤٤ . وقد كنا ممن يشترطون أهلية التبرع (انظر الموجز ص ٦٩٠) ، ولكن يؤخذ على ذلك أن التحكيم في الحق تصرف فيه لا تبرع به . والذي يكل حقه إلى التحكيم — حتى لو كان الحكم هو الخصم كما في توجيه اليمين — لا يزال يطالع في نفسه بقية من الأمل في يقظة ضمير الخصم وتخرجه من أن يحلف حائشاً ، فن يوجه اليمين لا يتبرع بحقه تبرعاً محضاً . ولو اشترطنا أهلية التبرع لما جاز للولي والوصي والقيم توجيه اليمين ولو بإذن المحكمة الحسبية ، لأن أحداً منهم ولو مع هذا الإذن لا يملك أهلية التبرع .

ويتربط على ذلك أن القاصر الذي بلغ الثماني عشرة سنة يستطيع توجيه اليمين فيما يملكه من أعمال الإدارة كالتأجير مدة سنة واحدة (انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٢٧ ص ١٩٨ هامش رقم ١) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأن اليمين الحاسمة نوع من أنواع الصلح (!) =

ويشترط أيضاً أن يكون توجيه اليمين غير مشوب بغلط أو تدليس أو إكراه .
ويكون توجيه اليمين مشوباً بغلط في الواقع إذا أخفى الخصم الذي وجهت إليه اليمين عن الخصم الذي وجه اليمين مستنداً صالحاً لإثبات دعوى الخصم الثاني ، فيعتقد هذا ، عن غلط ، ألا سبيل أمامه إلا توجيه اليمين . وقد يكون الغلط في القانون ، كما إذا اعتقد الخصم الذي وجه اليمين أن البيئة ممنوعة قانوناً ، وليست معه كتابة تثبت ما يدعيه ، فوجه اليمين إلى خصمه ، ثم تبين بعد توجيه اليمين أن القانون يجيز البيئة . وقد يكون الخصم الذي وجه اليمين إنما وجهها بسبب تدليس وقع عليه من خصمه ، بأن أوهمه هذا مثلاً أن القانون لا يجيز له الإثبات بالبيئة فليس أمامه من سبيل غير توجيه اليمين . وقد يكون توجيه اليمين عن إكراه وقع على الخصم خارج مجلس القضاء ، فلم ير بداً من توجيه اليمين إلى خصمه ، ولا يعد إكراها أن يجحد الخصم نفسه مجرداً من أى دليل على حقه فيضطر إلى توجيه اليمين ثم يستجد بعد ذلك دليل يحصل عليه . وفي جميع الأحوال التي يكون فيها توجيه اليمين مشوباً بغلط أو تدليس أو إكراه ، يعتبر توجيه اليمين غير صحيح بصفته تصرفاً قانونياً ، ويجوز لمن وجه اليمين أن يبطله ، حتى بعد أن يقبل الخصم الآخر الحلف ، وحتى بعد أن يحلف .

ويشترط كذلك فيمن يوكل لتوجيه اليمين أن تصدر له وكالة خاصة في ذلك ، ولا تكفي الوكالة العامة . ومن ثم لا يصح توجيه اليمين من وكيل عام ، ولا يصح من محام ما لم يكن التوكيل الصادر إليه منصوباً فيه على تفويضه في توجيه اليمين . ولكن لا يشترط تعيين محل توجيه اليمين على التخصيص ، فيصح التوكيل في توجيه اليمين في خصومة معينة دون تحديد ادعاء معين بالذات (١) .

== إذ يترك طالبها أمر الفصل في حقه إلى ذمة خصمه ، وعلى ذلك فالوصي أو القيم لا يملك توجيهها ، لأن الصلح من التصرفات الممنوعة عنهما إلا بإذن من المجلس الحسبي (استئناف أسبوط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٤٤) — انظر أيضاً : استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٩٧ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٤٩ .

ولا يجوز للسنديك توجيه اليمين إلا بالقيود المنصوص عليها في المادتين ٢٧٩ — ٢٨٠/٢٨٧ — ٢٨٨ تجارى (الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٥٤٧ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٥ ص ١٠٥٠ — ص ١٠٥١) .

(١) استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٧٩ (إقرار الموكل لتوجيه اليمين بعد توجيهها من الوكيل) .

ويجوز أخيراً أن ترد الصورية على توجيه اليمين . ويكون ذلك نتيجة لتواطؤ الخصمين إضراراً بحقوق الغير كالدائنين والشركاء والخلف . فيخفى الخصم الأدلة التي يملكها لإثبات حقه ، ويقتصر على توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه ، فيحلفها هذا ، فيخسر المدعى دعواه ، ويضر بذلك دائنيه وشركاءه والخلف وغيرهم من لهم مصلحة . ويجوز لهؤلاء التدخل في الدعوى قبل صدور الحكم لمنع الإضرار بحقوقهم . وإذا صدر الحكم ، جاز لهم أن يعارضوا فيه عن طريق اعتراض الخارج عن الحصومة لإثبات التواطؤ . وسنعود إلى هذه المسألة عند بحث حجية اليمين .

٣٧٣ — رقابة القاضي : وإذا كان لأى الخصمين ممن يحمل عبء الإثبات توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه ، فإن للقاضي رقابة عليه في توجيه هذه اليمين . وقد كان القضاء يجعل هذه الرقابة ثابتة للقاضي في عهد التقنين المدنى السابق ، فيجوز للقاضي تعديل صيغة اليمين تبعاً لوقائع القضية إذا كان ذلك بموافقة الخصم الذى وجهها^(١) ، ويجوز له أيضاً أن يرفض توجيهها إذا رأى أن الدعوى يكذبها ظاهر الحال وأن في توجيه اليمين تعسفاً ، أو أنها ثابتة بغير يمين ، أو أن اليمين بالصيغة التى وجهت بها غير منتجة^(٢) . وقد جاء

(١) استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٨٤ - ٣ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٠٨ - أول أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٨ - ٢١ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٨٢ - ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٦ - ٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٣٥ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٨٨ - ١٥ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨٤ - ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢ - أنظر في تعديل صيغة اليمين أنسيكلو بيدى دالوز فى القانون المدنى Preuve فقرة ١١٦٠ - فقرة ١١٦٨ .

(٢) استئناف أهلى أول مايو سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ١١٨ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٢٩ - ٨ أبريل سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٥٢ - استئناف مصر ١١ أبريل سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٧ ص ١٩ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٤٥ ص ٥١١ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٢٨ ص ٦٨٤ - ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٣٤ - ١١ مارس سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٣٦ ص ٥٧ - ١١ مارس سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ١٧٦ ص ٥٧١ - استئناف أسبوط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٣ ص ٣٩٧ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٧٥ ص ٥٥٥ - وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن تشدد نساء الهوارة فى =

في الموجز^(١) ، وهو يبسط الفقه في عهد التقنين المدني السابق ، في هذا المعنى

= الحجاب يمنع من حلف اليمين ، فلا يصح أن يتخذ من هذه المبالغة سلاح للحكم عليهن (١٧ يناير سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ١٠ ص ٢٠) . وقضت محكمة قضا الكلية بأنه إذا تبين للمحكمة أن المدعى لم يطلب توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه إلا لعلمه بأنها لن تحلفها لتمسكها الشديد بعادة من عادات عشيرتها تحول دون إسماعها صوتها لأي غريب ، كان توجيه اليمين في هذه الحالة طلباً كيدياً (٧ أبريل سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٩٧ - وقد أيد الحكم محكمة استئناف مصر في الحكم السابق) .

وأنظر في القضاء المختلط : استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٣٨ - ٢٢ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٨٧ - ١٩ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢١ - ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٠ - ١٨ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٤ - ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٥٦ - ٢٩ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٣٧ - ١٠ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٩٤ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٦٩ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٧٧ - ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩١ - ٩ يونيو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٦ - ٦ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٥٩ - ١٤ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٩ - ١٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦١ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٠ - ٤ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٠٦ - ١١ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٧٥ - ٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٨ - ١٥ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٦ - ٣ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٠٣ - ٦ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٦ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٦٩ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦٧ - ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٧ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٦٢ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٢ - ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ - أول مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٨٥ - ٩ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٠٦ - ٧ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٨٠ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٠ - ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٦ - ٢٩ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٧ - ١٢ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٧٩ - وقارن : استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢٠ - ١٧ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٧٥ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٨ - ٦ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢١١ - فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٢ - ١٩ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥١ - ١٧ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٠٨ - ١٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٦٢ .

وجاء في طرق القضاء في الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم (ص ٢٣٦) : واشترط المالكية لتوجيه اليمين أن يكون بين المدعى والمدعى عليه اختلاط في المعاملة ، لئلا يتنزل أهل السفه أهل الفضل بتحليفهم مراراً (انظر تبصرة بن فرحون والطرق الحكيمة) . وقريب من مذهب مالك قول الاصطخري من الشافعية . أن قرائن الحال إذا شهدت بكذب المدعى لم يلتفت إليه .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٦٤ ص ٦٩٠ - وقارن مع ذلك الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ٢ ص ٢٧ - ٣٢ والأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٥٨٢ - فقرة ٥٧٤ .

ما يأتي : « اليمين الحاسمة يوجهها الخصم لا القاضي . . . ولكن للقاضي أن يرفض توجيه اليمين إذا كانت الواقعة المراد الحلف عليها غير محتملة الصدق أو كذبتها مستندات الدعوى ، أو كانت هذه الواقعة ثابتة دون حاجة إلى الحلف ، فيكون توجيه اليمين في هذه الأحوال إنما يقصد به الكيد للخصم . كذلك للقاضي أن يرفض توجيه اليمين إذا كان المقصود منها استغلال ورع الخصم الذي توجه إليه وشدة تدينه . على أنه إذا رأى القاضي توجيه اليمين إلى شخص شديد التدين ، فلا يجوز لهذا الخصم الامتناع عن الحلف بحجة أن دينه يمنعه من ذلك ^(١) » .

ولم يستحدث التقنين المدني الجديد شيئاً ، إلا أنه نص صراحة على الحكم المتقدم ، وكان غير منصوص عليه في التقنين المدني القديم ، فذكر في آخر الفقرة الأولى من المادة ٤١٠ ما يأتي : « على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها » ^(٢) . وكان النص في المشروع التمهيدى

(١) انظر : استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٠٠ .

(٢) على أنه يلاحظ أن قضاء محكمة النقض كان لا يتوسع كثيراً في تفسير التعسف في توجيه اليمين في عهد التقنين المدني السابق . وهذه بعض أمثلة من هذا القضاء : (١) إذا كان الحكم قد رفض توجيه اليمين بمقولة إن المعاملة بين الطرفين بالكتابة وطالب اليمين رجل قانوني يقدر استندات في مسائل الحساب ، فإنه يكون قد خالف القانون ، إذ هذا الذي قاله ليس فيه ما يفيد أن طالب اليمين كان متعسفاً في طلب توجيهها (نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٥ ص ١٢٢) . (٢) جرى قضاء محكمة النقض على أن اليمين الحاسمة ملك للخصم لا للقاضي ، وأن على القاضي أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها ، إلا إذا بان له أن طالبها يتعسف في هذا الطلب . ومحكمة الموضوع وإن كان لها كامل السلطة في استخلاص كيدية اليمين ، فإنه يتعين عليها أن تقيم استخلاصها على اعتبارات من شأنها أن تؤدي إليه . فإذا أقامت المحكمة حكمها بكيدية اليمين على مجرد أن الوقائع المراد إثباتها منتفية بمحررات صادرة من طالب توجيه اليمين ، فهذا منها قصور في التسبيب ، فإن كون الواقعة المراد إثباتها باليمين تتعارض مع الكتابة لا يفيد بذاته أن اليمين كيدية (نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٨ ص ١٨٦) . (٣) الحكم الذي يؤسس قضاءه برفض طلب توجيه اليمين على أن الطرفين اعتادا التعامل بالكتابة ، وأن طالب توجيهها قال إن خصمه أخذ المبالغ المراد الحلف عليها في غضون سنين طوال مما يجعل طلب اليمين غير جدي ، يكون مخالفاً للقانون لتأسيسه قضاءه على غير العسف في طلبها (نقض مدني ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٦ ص ١٩٢) . (٤) اليمين الحاسمة ملك الخصم ، له أن يوجهها متى توافرت شروطها مهما كانت قيمة النزاع ، ولو كان الغرض منها إثبات ما يخالف عقداً مكتوباً ولو رسمياً إلا فيما لا يجوز الطعن فيه من العقد الرسمي إلا بالتزوير . ومن ثم يكرن متعيناً على القاضي أن يجيب طلب توجيهها إلا إذا بان له أن طالبها متعسف في =

على أن توجيه اليمين الحاسمة لا يكون إلا باذن القاضي . ولكن اللجنة التشريعية لمجلس النواب خشيت أن يكون النص على هذا الوجه معناه أن توجيه اليمين الحاسمة يكون دائماً معلقاً على إذن القاضي ، وأرادت اللجنة أن تستبقى للمتقاضين الحق في توجيه اليمين الحاسمة على أن يكون للقاضي منع توجيهها إذا رأى أنها كيدية وأن الخصم متعسف في توجيهها ، فعدلت النص على النحو الذي رأيناه (١) .

وبلاحظ أنه إذا كانت الواقعة المراد التحليف عليها غير محتملة الصدق ، أو كذبتها مستندات الدعوى ، أو كانت غير منتجة (٢) ، أو كانت خالية من الدليل ولكن المدعى وجه اليمين مستغلاً في ذلك ورع خصمه وتخرجه من الحلف ، كان مدعى هذه الواقعة وهو يوجه اليمين إلى خصمه متعسفاً في توجيهها ، فيمنعه القاضي (٣) . أما إذا كانت الواقعة ثابتة دون حاجة إلى

= طلبه . والقول بأن طلب توجيه اليمين غير جدى لتناقض طالبه في دفاعه ليس من شأنه أن يفيد أنه كان متعسفاً في توجيهها ، ومن ثم لا يصح أن يكون ذاك سبباً للحكم برفض توجيه اليمين (نقض مدني ٧ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٥ ص ٧٥٠) .

(١) انظر ما قدمناه في تاريخ النص — وعلى هذا النحو ينبغي أن يفهم نص المادة ٤٧١ من التقنين المدني العراقي الذي سبق إيراده وكذلك النصوص الماثلة في التقنينات العربية الأخرى ، إلا أن التعسف يكون من القاضي في منع توجيه اليمين ، لا من الخصم في توجيهها (قارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢١٠ هامش رقم ١) .

(٢) ولا تكون اليمين منتجة في دعوى مرفوعة على ناظر الوقف ، إذا كانت الواقعة المراد التحليف عليها إنما تحقق — إذا صحت — مسئوليته الشخصية لا مسئوليته كناظر للوقف (نقض مدني ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٤٥ ص ٩٨٢) .

(٣) لكن إذا كان عند المدعى — على العكس مما تقدم — دليل على دعواه ، ولم ير أن يقدمه مكتفياً بتوجيه اليمين إلى المدعى عليه ، جاز له ذلك . ويعتبر في هذه الحالة متنازلاً عن دليله ، مجتزئاً بالأحكام إلى ذمة خصمه .

وفي هذه المسألة خلاف في الفقه الإسلامي بين أبي حنيفة وصاحبيه . فعند أبي حنيفة لا يجوز للمدعى توجيه اليمين إلى المدعى عليه إذا كانت عنده بيينة حاضرة ، وعند الصاحبين يجوز . جاء في البدائع : « وأما شرائط الوجوب (أي وجوب توجيه اليمين) فأنواع . منها الإنكار . . . ومنها الطلب من المدعى لأنها وجبت على المدعى عليه حقاً للمدعى ، وحق الإنسان قبل غيره واجب الإيفاء عند طلبه . ومنها عدم البيينة الحاضرة عند أبي حنيفة ، وعندهما ليس بشرط ، حتى لو قال المدعى لي بيينة حاضرة ، ثم أراد أن يحلف المدعى عليه ، ليس له ذلك عنده . وعندهما له ذلك . وجه قولها أن اليمين حجة المدعى كالبينة ، ولهذا لا تجب إلا عند طلبه ، فكان له =

الحلف ، فالذى يتعسف فى توجيه اليمين هو الخصم الآخر ، يوجه اليمين إلى المدعى فى الواقعة الثابتة ليحلف أن له الحق الذى يدعيه ، فلا يقبل القاضى فى هذه الحالة توجيه هذه اليمين ، لأنه يستطيع الحكم بثبوت الحق المدعى بمقتضى الأدلة المقدمة دون حاجة إلى تحليف المدعى أية يمين (١) .

ورقابة القاضى لمنع التعسف فى توجيه اليمين على النحو الذى بسطناه تعتبر خطوة طيبة نحو إيجابية موقف القاضى من الإثبات (٢) .

= ولاية استيفاء أيهما شاء . ولأبى حنيفة أن البيئة فى كونها حجة المدعى كالأصل لكونها كلام غير الخصم ، واليمين كالخلف عليها لكونها كلام الخصم ، فلهذا لو أقام البيئة ثم أراد استخلاف المدعى عليه ليس له ذلك ، والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف « (البدائع ٦ ص ٢٢٥ — ص ٢٢٦) .

والظاهر من نصوص الفقه الإسلامى أن اليمين هى ملك المدعى ، يوجهها أن أراد إلى المدعى عليه المنكر ، ولا يجوز للقاضى منعه من ذلك . ويقول مارسل موران "Marcel Morand" أن اليمين — وصفتها الدينية بارزة — من أهم طرق الإثبات فى الفقه الإسلامى ، لاتصاله بالدين اتصالاً وثيقاً (مارسل موران : دراسات فى الفقه الإسلامى بالجزائر — الجزائر سنة ١٩١٠ ص ٣٢٥ — ص ٣٢٧) .

(١) انظر فى هذه المسألة فى الفقه الفرنسى أوبرى ورو ١٢ ص ١٤٧ — ص ١٤٨ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٩ ص ١٠٥٣ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٢٥ ص ٤٢٣ — انسيكلويدى دالوز فى القانون المدنى Preuve فقرة ١١٣٨ . على أن أوبرى ورو يذهبان إلى أن بسط رقابة القاضى على الخصم فى توجيه اليمين إلى خصمه يتعارض ، من الناحية النظرية ، مع ما للخصم من حق استمده من القانون مباشرة فى توجيه اليمين (أوبرى ورو ١٢ ص ١٤٧ هامش رقم ٣٤) . وانظر عكس ذلك ، وفى أن توجيه اليمين من حق الخصم وحده دون رقابة عليه من القاضى : بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٧٤٧ — فقرة ٢٧٤٧ مكررة .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٥٤٨ من هذا المشروع تقضى بأن توجيه اليمين يكون بإذن القاضى كما رأينا) فى هذا الصدد ما يأتى : « ويكاد ينعقد إجماع القضاء فى فرنسا وبلجيكا على أن للقاضى أن يقدر : (أ) ملائمة توجيه اليمين وأن يرفض توجيهها إذا قصد منها الكيد (ب) وأن له أن يقدر ضرورة توجيه اليمين وأن يرفض توجيهها إذا كانت الوقائع التى توجه بشأنها غير قريبة الاحتمال ، أو سبق أن قام الدليل عليها بطرق أخرى من طرق الإثبات . . . والواقع أن من المروءات والذمم والعقائد الدينية ما قد يتيح لىء النية استغلال حرص خصمه على قضاء واجب أخلاقى أو دينى ، ولذلك رؤى تضمين النص حكماً يعين على تحامى مثل هذا الاستغلال . ويراعى من ناحية أخرى أن اليمين قد تقررت بوصفها طريقاً من طرق الإثبات لإسعاد المدعى بالدليل عند تخلفه ، لا لنقض دليل ثم تحصيله بطريق من سائر الطرق . ولهذا يجب أن يتاح للقاضى أن يرفض توجيه اليمين إذا لم =

المطلب الثاني

لمن توجه اليمين الحاسمة

٢٧٤ - توجه اليمين الى الخصم الذى له حق المطالبة بالإثبات :

وتوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر الذى له حق المطالبة بالإثبات . وتوجيه اليمين إليه تقلب موقفه . فبعد أن كان غير مكلف بشيء وما عليه إلا أن ينتظر من خصمه تقديم الدليل على دعواه فإن لم يقدم هذا الدليل خسر الدعوى وخرج الخصم من القضية منتصراً دون أن يقوم بعمل ، إذا به بعد أن وجهت إليه اليمين يرى نفسه مضطراً إلى قبول احتكام خصمه إلى ضميره ، إذا لم يختار هو بدوره أن يحتكم إلى ضمير خصمه برد اليمين عليه . فهو إنما يكسب الدعوى إذا حلف اليمين ، فأصبح إذن مكلفاً بشيء يقوم به حتى يكسب الدعوى ، وقد كان قبل توجيه اليمين إليه غير مكلف بشيء . وإذا نكل عن حلف اليمين ، كان فى هذا معنى الإقرار بحق خصمه ، وقد رأينا أن الإقرار ينطوى على نزول عن حق المطالبة بالإثبات ، وهو الحق الذى كان له قبل توجيه اليمين إليه .

٢٧٥ - لا توجه اليمين إلا الى خصم أصلى فى الدعوى : ولا يجوز

توجيه اليمين إلا إلى خصم أصلى فى الدعوى . فاذا رفع الدائن باسم مدينه دعوى الدين على مدين مدينه ، فلا يجوز للمدعى عليه فى هذه الدعوى أن يوجه اليمين الحاسمة إلى دائن الدائن لأنه ليس إلا نائباً عن الدائن وليس خصماً أصلياً فى الدعوى . فيجب إذن أن يكون توجيه اليمين إلى الدائن ، وهو الخصم الأصلى ،

= تكن مجدية . ويقع ذلك حيث يقام الدليل على الواقعة التى يراد الاستحلاف عليها بطريق آخر... ولذلك اقتضى المشروع أثر المشروع الفرنسى الإيطالى وأثبت للقاضى حق الترخيص ، كتدبير وقائى ، ولو أنه حرمه من كل سلطة فى الرقابة متى حلفت اليمين الحاسمة ، حتى تكون حجة قاطعة فى الإثبات . فللقاضى أن يقدر ما إذا كان ثمة محل للتخصيص بتوجيه اليمين ، وفقاً للأحوال من ناحية ، ووفقاً لصفات الأشخاص من ناحية أخرى . وهذا الترخيص مستقل عن التثبت من توافر شروط قبول توجيه اليمين » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٤ - ص ٤٤٥) .

بعد إدخاله في الدعوى وفقاً للمادة ٢٣٥ فقرة ٢ من التقنين المدني (١). ولا توجه اليمين ، في دعوى تقام ضد إحدى الشركات ، إلى شريك انسحب منها فلم يعد خصماً (٢)، ولا إلى شخص ليس خصماً في الدعوى ولم يعد موظفاً في الشركة (٣)، ولا إلى جملة من الشركاء كل شريك يحلف على وقائع لا تخصه هو بل تخص الشركاء الآخرين (٤). ولا توجه اليمين إلى أحد مديري مصرف إذا كان هذا المدير لا يملك التصرف إلا بالاشتراك مع سائر المديرين (٥)، ولا إلى الوكيل إذا كانت الواقعة المراد إثباتها منسوبة إلى الأصل (٦)، ولا إلى الغير مع ادخاله خصيصاً في الخصومة لحلف اليمين (٧). وإذا كان الخصم شخصاً معنوياً، وجهت

-
- (١) أوبري ورو ١٢ ص ١٣٧ (ويقرر أن كذلك أن اليمين لا توجه ، في القانون الفرنسي، إلى الزوج الذي لم يدخل في الدعوى إلا بإذن لزوجته في الخصومة).
 (٢) استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٨٠.
 (٣) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٦.
 (٤) استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٦.
 (٥) استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٤.
 (٦) استئناف مختلط ٤ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٥٢ — ٢٧ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٥٣.

(٧) استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٨٠ — ١١ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٩٨ — ومن باب أولى لا توجه إلى غير خصم في الدعوى دون إدخاله (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٦). ولا توجه اليمين إلى أحد الورثة مع حفظ الحق بالنسبة إلى الباقي (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ١٥)، وإذا وجهت إلى جميع الورثة وحلف بعض دون بعض، فلا يفيد حلف البعض أمام نكول الآخرين (استئناف مختلط أول ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٤). وإذا ادعى المشتري أن الشفيع إنما يستعمل الشفعة لرد العين المباعة إلى البائع، فاليمين توجه إلى الشفيع لا إلى البائع، لأن الحكم لن يقضى للبائع ولن يقضى إلا للمشتري أو للشفيع (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٣). وإذا ادعى الشفيع صورية الثمن، فلا يجوز له توجيه اليمين الحاسمة في ذلك إلى البائع والمشتري معاً، بل يجب أن يوجهها أولاً إلى المشتري، فإن حلفها كان هذا كافياً لرفض الادعاء بالصورية دون حاجة إلى تحليف البائع، وإذا نكل المشتري وجب توجيهها للبائع، فإن نكل هذا ثبتت الصورية كاملة، أما إذا حلف البائع وحده فلا تثبت الصورية لأنها لم تثبت من الجانبين (جرجا ١٢ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٥٦ ص ٤٤٩ — انظر الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ٢ ص ٤٩ — ص ٥٠ — وقارن الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٥٤٣). ولا يجوز بداهة أن يتقدم الخصم بنفسه ليعرض أن يحلف اليمين (استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٢٦).

اليمين إلى من يمثله (١) .

٢٧٦ - توافر أهلية التصرف فيمن توجه إليه اليمين : ويجب فيمن

توجه إليه اليمين أن تتوافر فيه أهلية التصرف في الحق الذي توجه إليه فيه اليمين (٢) .
ذلك أن كل خصم توجه إليه اليمين يجب أن يكون قادراً على الخيار ما بين الحلف والرد والنكول ، ورد اليمين كتوجيهها تشترط فيه أهلية التصرف ، والنكول كالإقرار لا يملكه إلا من ملك التصرف في الحق . ومن ثم لا يجوز توجيه اليمين إلى صبي لم يبلغ سن الرشد إلا فيما يملك من أعمال الإدارة ، ولا إلى محجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه . ولا يجوز توجيهها إلى النائب عن هؤلاء ، كوصي أو قيم ، إلا عن أعمال صدرت منه شخصياً (٣) أو عن أعمال الإدارة التي يملكها (٤) . أما الولي فيملك التصرف في مال الصغير ، فيجوز توجيه اليمين إليه .
ويجب أن تتوافر أهلية التصرف فيمن توجه إليه اليمين وقت الحلف ، لا وقت توجيه اليمين . فإذا كان أهلاً وقت توجيه اليمين ، ثم حجر عليه قبل الحلف (٥) ، فلا يجوز له أن يحلف بعد توقيع الحجر عليه (٦) .

وسرى أنه إذا جاز التوكيل في توجيه اليمين بمقتضى وكالة خاصة ، فانه لا يجوز التوكيل أصلاً في حلف اليمين ، ذلك أن النيابة تجري في الاستحلاف ولا تجري في الحلف .

-
- (١) استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٠٨ .
(٢) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١٩ — أول يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٤٥ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٢٤٩ — قارن الموجز للمؤلف وقد ورد فيه اشتراط أهلية التبرع (الموجز ص ٦٩٠) .
(٣) كما إذا وجهت إليه اليمين في قبض الدين الذي لمحجوره ، وكان قد أدخل في الدعوى بصفته الشخصية أيضاً ، فإن حلف كسب الدعوى ، وإن نكل لم يضر نكوله بالمحجور ، ويصبح ملتزماً نحوه بالدين (أوبري ورو ١٢ ص ١٣٩) .
(٤) استئناف مصر ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٧٩ ص ١٥٨ — استئناف أسبوط ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٧٥ ص ٥٥٥ — المحكمة العليا الشرعية ٥ سبتمبر سنة ١٩١٨ المحاماة ٨ رقم ٢٠١ ص ٢٤٧ .
(٥) أو أفلس : استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٦ .
(٦) أوبري ورو ١٢ ص ١٤٠ .

المطلب الثالث

متى توجه اليمين الحاسمة

٢٧٧ — النصوص القانونية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٤١١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى »^(١).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص^(٢).

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البيئات السوري المادة ١١٤ فقرة ٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٧٢ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٣١ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٠ فقرة ٢^(٣).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٥٤٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى ، وفي كل نزاع مدنى ، إلا أنه لا يجوز توجيهها في واقعة مخالفة للنظام العام (وعن هذا النص في المشروع التمهيدى نقلت المادة ٤٧٢ من التقنين المدني العراقي) . وفي لجنة المراجعة نقلت العبارة الأخيرة من هذه الفقرة « لا يجوز توجيهها في واقعة مخالفة للنظام العام » مع تحويلها إلى صدر الفقرة الأولى من المادة لتكون أدق في الدلالة على الحكم المقصود ، وحذفت عبارة « في كل نزاع مدنى » لعدم الحاجة إليها ، وأصبح رقم المادة ٤٢٤ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١١ ، فجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٩ و ص ٤٥٢) .

(٢) الموجز للمؤلف ص ٦٩١ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البيئات السورى م ١١٤ فقرة ٢ : يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى في كل نزاع ، إلا أنه لا يجوز توجيهها في واقعة ممنوعة بالقانون أو مخالفة للنظام العام وللأداب . (ولا فرق في الحكم بين القانون السورى والتقنين المصرى ، والنص السورى يتفق مع نص المشروع التمهيدى للتقنين المصرى وقد تقدم ذكره) .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٦٠ (١) .

٢٧٨ - توجيه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى :

ويتبين من نص التقنين المدني المصري المتقدم الذكر أنه يمكن توجيه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى ، إلى أن يصدر حكم نهائي (٢) . ذلك أن اليمين الحاسمة طريق من طرق الإثبات ، فيمكن الالتجاء إليه بعد تقديم أوجه إثبات أخرى (٣) . بل يجوز بعد إقفال باب المرافعة طلب إعادة فتحها وتوجيه اليمين الحاسمة (٤) . ولكن لا يجوز للخصم توجيهها بعد أن يكون قد قبل من خصمه الإثبات بالبيئة (٥) .

ويجوز توجيه اليمين الحاسمة لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ، في أية حالة كانت عليها الدعوى ، على الوجه المتقدم الذكر (٦) .

= التقنين المدني العراقي م ٤٧٢ : يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى وفي كل نزاع مدني . إلا أنه لا يجوز توجيهها في واقعة مخالفة للنظام العام أو الآداب . (فالحكم واحد في التقنينين المصري والعراقي ، والنص يتفق مع نص قانون البيئات السوري) .
تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٣١ : يجوز الاستعلاف في أي حال من أحوال الدعوى ، وإن لم يكن هناك بداءة إثبات للطلب أو للدفع المستحلف عليه . (والحكم واحد في التقنين اللبناني والتقنين المصري) .

التقنين المدني للملكة الليبية المتحدة م ٤٠٠ فقرة ٢ : مطابقة لنص التقنين المصري .

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٦٠ : يجوز توجيه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لم يوجد أي مبدأ ثبوت للطلب أو للدفع المطلوب التحليف عليه .

Art. 1360 : Il peut être déféré en tout état de cause, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué.

(٢) استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٢٢٩ — ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٤ — ٢٢ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٨٧ — ٢٥ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٨ — ٢٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٣٠ .

(٣) أوبري ورو ١٢ ص ١٤٥ وهامش رقم ٣٠ .

(٤) الموجز للمؤلف ص ٦٩١ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٥٧٩ . قارن بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٤٦ .

(٥) استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٧٨ .

(٦) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن اليمين الحاسمة هي من أوجه الدفاع التي يجوز =

ولكن لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة لأول مرة أمام محكمة النقض (١).

٢٧٩ — يجوز توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط : يحسن هنا أن نميز بين فروض ثلاثة حتى لا يقع لبس فيما بينها ، ولا يختلط بعضها ببعض :

الفرض الأول أن يقدم الخصم أدلة على ادعائه ، فيفحصها القاضي ولا يقتنع بها . وإذا عرف الخصم منه ذلك ، ينزل عما قدم من أدلة ، ويقتصر على توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه . وهذا دون شك جائز . وقد قدمنا أنه يجوز للخصم أن يلتجئ إلى اليمين الحاسمة بعد أوجه إثبات أخرى ، وأمام محكمة الاستئناف ، بل يجوز طلب إعادة القضية إلى المرافعة لتوجيه اليمين الحاسمة (٢) .

والفرض الثاني أن يوجه الخصم اليمين الحاسمة إلى خصمه ، ويقول إنه يوجهها ابتداء حتى إذا حلفها الخصم فإنه يحتفظ لنفسه بالحق في تقديم أدلة أخرى . وهذا دون شك غير جائز (٣) . فإنه متى حلف الخصم اليمين ، خسر من وجهها

= طلبها في أية حالة كانت عليها الدعوى ، سواء كانت في الدرجة الأولى أو في الدرجة الثانية ، وسواء طلبت اليمين قبل كل دفاع أو بعده (١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ١٠ ص ١) — انظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٣٣ — ٣١ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٣ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٦ — وانظر أوبري ورو ١٢ ص ١٤٥ . (١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٠ — ص ٤٥١ . أنسيكلويدى دالوز في القانون المدنى ٤ Preuve فقرة ١١٤١ .

(٢) الموجز للمؤلف ص ٦٩١ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز بعد أن يقضى للخصم بالإثبات بالبينة أن ينزل عن هذا الحكم ويوجه اليمين الحاسمة (٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٨) — انظر أيضاً : استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٦ — ٢١ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣١١ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٤٣ — ٩ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٩٥ — ١٢ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٧ — ٦ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٠٢ — ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٩٥ — ١٧ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٣٣ — ٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٩ — ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٢٢ .

(٣) فالخصم بعد توجيه اليمين إلى خصمه لا يجوز له أن يعود ويطلب الإثبات بالبينة (استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٤٥) . وإذا حلف خصمه ، فلا يجوز له أن يعود ويظعن في الالتزام بأنه يتضمن فوائده ربوية (استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٩٨) ، أو يعود بعد حلف اليمين في محكمة أول درجة إلى طرق إثبات أخرى =

إليه دعواه ، ولا يسمح له بالرجوع إلى هذه الدعوى على أية صورة كانت كما سنرى . بل إن مجرد قبول الخصم لحلف اليمين الموجهة إليه تمنع من وجه اليمين من الرجوع في توجيهها ، ومن ثم تمنعه من التقدم بأدلة أخرى .

والفرض الثالث أن يقدم الخصم أدلة على ادعائه ، ويقول إنه على سبيل الاحتياط ، في حالة ما إذا لم يقتنع القاضي بهذه الأدلة ، يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه . وهذا هو توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط ، وهو الفرض الدقيق الذي نقف قليلاً عنده . ونذكر بادئ ذي بدء أن الخصم قد يجد نفسه في حاجة إلى هذا الاحتياط . فقد يكون الحكم الذي يوشك أن يصدر في دعواه حكماً نهائياً — بأن كانت الدعوى أمام المحكمة الاستئنافية أو كانت مما لا يجوز الاستئناف فيه — وقد قدم ما وسعته الطاقة أن يقدمه من الأدلة وهو في شك من مبلغ اقتناع القاضي بها . فيخشى ، إن هو ترك القاضي يفصل في الدعوى بحالتها هذه ، أن يصدر حكم نهائي برفضها ، فلا يستطيع بعد ذلك أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه . لذلك لا يرى له بدءاً من الاحتياط : يطلب ، في حالة ما إذا لم يقتنع القاضي بالأدلة المقدمة ، أن تعاد القضية إلى المرافعة لتوجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه . فطلبه إعادة القضية إلى المرافعة ليس طلباً منجزاً كما هي الحال في الفرض الأول ، بل هو طلب معلق على شرط عدم اقتناع القاضي بالأدلة المقدمة . وقد كان تقنين المرافعات السابق يقضي في المادة ١٦٦/١٨٧ بأنه لا يجوز التكاليف من باب الاحتياط باليمين الحاسمة لأن التكاليف بتلك اليمين يفيد ترك ما عداها من أوجه الثبوت للمادة المراد الاستحلاف عليها (انظر أيضاً المادة ٢٢٥/٢٩٠ من التقنين المدني السابق) . وكان يمكن حمل هذا النص على الفرض الثاني دون الفرض الثالث ، فلا يجوز للخصم أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه ابتداءً ،

= لنفس الواقعة أمام محكمة الاستئناف (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٤ — ١٨ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٤٨) ، ولكن يصح أن ينازع في واقعة أخرى غير الواقعة التي حلف خصمه فيها اليمين ، كما إذا حلف الشفيع على عدم العلم فيعود المشتري إلى مناقشة أوجه أخرى لسقوط حق الشفعة (استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٧) . انظر أيضاً في عدم جواز تقديم أدلة أخرى بعد توجيه اليمين : استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٤٢ — ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٩٣ — ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٦ .

مع الاحتفاظ لنفسه، على سبيل الاحتياط في حالة حلف الخصم لليمين ، بالحق في تقديم أدلة أخرى ، ذلك أن التكليف باليمين الحاسمة يفيد ترك ما عداها من أوجه الثبوت الأخرى . ولكن القضاء حمل النص على الفرضين معاً ، وحرّم على الخصم أن يوجه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط في أية صورة من الصورتين (١) . وشاءت صدفة طيبة أن تقنين المرافعات الجديد طلع دون أن يشتمل على نص مماثل للمادة ١٦٦/١٨٧ من تقنين المرافعات السابق ، بحجة أن هذا النص — كما تقول المذكرة التفسيرية لهذا التقنين — يقرر حكماً موضوعياً محله التقنين المدني . وطلع التقنين المدني الجديد خالياً هو أيضاً من هذا النص ومن النص الآخر الذي كان يشتمل عليه التقنين المدني السابق ، إذ كانت المادة ٢٩٠/٢٢٥ تقضى بأن التكليف باليمين يؤخذ منه أن طالها ترك حقه

(١) استئناف أهلى ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٢ الاستقلال ٥ ص ١٧٠ — استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٧٨ — ١٨ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٩٧ — أول ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٤٣ — ٦ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٣٤ — ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٥٢ — ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٥ — ٢١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٩ — ١٦ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٩٠ .

وهناك من الأحكام ما قضى بأنه إذا وجه الخصم اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط مع أدلة أخرى ، فإن توجيه اليمين الحاسمة لا يقبل ، ولا يعتد إلا بالأدلة الأخرى المقدمة : استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٣٩ — ٢٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٣٨ . وهناك أحكام قضت ، على العكس من ذلك ، بأنه لا يعتد بالأدلة الأخرى ، وتقبل اليمين الحاسمة دون غيرها : استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٥ — انظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١١٣ و ١٨ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٩٧ — ١٠ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٩٦ — سن وجه اليمين الحاسمة فقد نزل عما سواها من طرق الإثبات إلا الدفع بعدم الاختصاص الموضوعى : استئناف مختلط ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٥٠ .

وهناك أحكام قضت بقبول توجيه اليمين الحاسمة فيما يتعلق بنشوء الدين مع جواز تقديم الدليل على انقضاء الدين بالتقادم فيما إذا ثبت نشوءه بحلف اليمين ، لأن انقضاء الدين بالتقادم لا يتعارض مع نشوئه ، بل يؤكد : استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢١٨ — أول مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٣٦ .

هذا والقضاء الفرنسى يعتبر أن توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط مع تقديم أدلة أخرى يكون من شأنه أن يجعل اليمين الحاسمة يميناً متممة للقاضى حرية التقدير في توجيهها أو عدم توجيهها لاستكمال الأدلة المقدمة (أوبرى ورو ١٢ ص ١٤٦ — ص ١٤٧ — قارن في ذلك بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٤٨) .

فيما عداها من أوجه الشبوت . فالنص الذي كان القضاء يستند اليه في تحريم
الفرض الثالث هو الآن غير موجود في التشريع المصري^(١) . فلا مناص اذن
من الرجوع الى القواعد العامة .

وهذه تحرم دون شك — كما قدمنا — الفرض الثاني من الفروض الثلاثة السالفة
الذكر . أما الفرض الثالث فلا تثريب على الخصم فيه ، فهو يقدم أدلته ، ويطلب
في الوقت ذاته توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه إذا لم تقتنع المحكمة بهذه الأدلة .
وما دام يستطيع أن يوجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى إلى أن
يصدر حكم نهائي ، ففي الفرض الذي نحن بصدده لم يصدر حكم نهائي ، فيجوز له
إذن أن يوجه اليمين الحاسمة في هذه الحالة من حالات الدعوى^(٢) .

المطلب الرابع

موضوع اليمين الحاسمة

٢٨٠ — النصوص القانونية : تنص الفقرة الأولى من المادة ٤١١
من التقنين المدني على ما يأتي :

« لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام . ويجب أن تكون

(١) وقد أحال التقنين المدني الجديد بدوره على تقنين المرافعات عندما أغفل نص المادة
٢٢٥/٢٩٠ ، وسيأتي بيان ذلك .

(٢) انظر بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٤٨ — الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ٢ ص ٣٢ —
ص ٣٩ وبخاصة القضاء المختلط والقضاء الإيطالي في ص ٣٤ هامش رقم ٣ — الأستاذ أحمد نشأت
في الإثبات ٢ فقرة ٥٨١ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٣٣ — الأستاذ
أبرهيف في المرافعات فقرة ٩١١ — وقد قضى التقنين الألماني (م ٤١٨) بأن اليمين الحاسمة
إذا وجهت على سبيل الاحتياط مع أدلة أخرى لا يكلف الخصم بحلفها إلا عند عدم نجاح
هذه الأدلة .

وقضت محكمة الأقصر — في عهد تقنين المرافعات السابق ومع وجود المادة ١٦٦/١٨٧ من
هذا التقنين — بأنه لا مانع يمنع الخصوم من توجيه اليمين الحاسمة بعد تقديم طرق لإثبات أخرى
أو حتى عند عدم نجاح هذه الطرق الأخرى (١٧ ديسمبر سنة ١٩١٩ المحاماة ١ رقم ٤٤
ص ٢٥٦) .

الواقعة التي تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهة إليه اليمين ، فإن كانت غير شخصية له انصبت اليمين على مجرد علمه بها ^(١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص ^(٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ١١٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤٧٢ و ٤٧٩ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادتين ٢٢٩ فقرة ٢ و ٢٣٠ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٠ فقرة أولى ^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٤٩ هـ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« ١ — يجب أن تنصب اليمين الحاسمة على واقعة متعلقة بشخص من وجهة له اليمين ، أو على أية واقعة أخرى إذا انصبت اليمين على مجرد العلم بهذه الواقعة . ٢ — ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى ، وفي كل نزاع مدنى ، إلا أنه لا يجوز توجيهها في واقعة مخالفة للنظام العام » . وفي لجنة المراجعة نقلت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية إلى صدر الفقرة الأولى لتكون أدق في الدلالة على الحكم المقصود ، وقد تقدم ذكر ذلك ، وأصبح نص المادة على الوجه الآتى : « ١ — لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام ، ويجب أن تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهة إليه اليمين ، فإن كانت غير شخصية له انصبت اليمين على مجرد علمه بها . ٢ — ويجوز أن توجه اليمين في أية حالة كانت عليها الدعوى » ، وأصبحت المادة ٤٢٤ من المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١١ ، فجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٩ و ص ٤٥٢) .

(٢) الموجز للمؤلف ص ٦٩١ — ص ٦٩٢ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ١٤٤ : ١ — يجب

أن تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهة إليه اليمين ، فإن كانت غير شخصية له انصبت اليمين على مجرد علمه بها — ٢ . يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى في كل نزاع ، إلا إنه لا يجوز توجيهها في واقعة ممنوعة بالقانون أو مخالفة للنظام العام أو للآداب . (الحكم واحد في القانون السوري والتقنين المصرى) .

التقنين المدني العراقي م ٤٧٢ : يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى وفي كل نزاع مدنى . إلا أنه لا يجوز توجيهها في واقعة مخالفة للنظام العام أو الآداب — م ٤٧٩ .

١ — إذا حلف شخص على فعله يحلف على البتات ، وإذا حلف على فعل غيره يحلف على عدم العلم .
٢ — واليمين إما بالسبب فيما لا يرتفع سببه ، أو بالحاصل فيما يرتفع سببه — (ويلاحظ أن الحكم واحد في التقنينين المصرى والعراقى ، ولو أن بعض نصوص التقنين العراقى مستمد من الفقه الإسلامى) .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٥٩ (١) .

وتنص المادة ١٧٥ من تقنين المرافعات على أنه «يجب على من يوجه لخصمه اليمين أن يبين بالدقة الوقائع التي يريد استخلاصها منها ، ويذكر صيغة اليمين بعبارة واضحة جلية» . وتنص المادة ١٧٦ من هذا التقنين على أن «للمحكمة أن تعدل صيغة اليمين التي يعرضها الخصم بحيث تتوجه بوضوح ودقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها» (٢) .

٢٨١ - لا توجب اليمين الحاسمة لمسألة من مسائل القانون: ونذكر منذ البداية أن اليمين الحاسمة لا يجوز أن توجه إلا في واقعة قانونية، أى في مسألة من مسائل الواقع ، لا في مسألة من مسائل القانون . ذلك أن استخلاص حكم القانون من شأن القاضي وحده لا من شأن الخصوم ، وقد قدمنا أن هؤلاء لا يكلفون باثبات مسائل القانون . واليمين الحاسمة في هذه الناحية كالإقرار (٣) .

٢٨٢ - توجب اليمين الحاسمة في واقعة قانونية محددة أياً كانت قيمتها : فلا توجه اليمين الحاسمة إذن إلا لمسألة من مسائل الواقع : واقعة قانونية محددة

= تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٢٩ فقرة ٢ : ولا يجوز الاستحلاف على فعل جرمي أو منافي للنظام العام ، ولا على عقد يوجب القانون لصحته سنداً خطياً ، ولا على إنكار واقعة يفيد صك رسمي حصولها بحضور المأمور الرسمي الذي قبل العقد — م ٢٣٠ : لا يجوز الاستحلاف إلا على واقعة شخصية مختصة بالفريق الذي يكلف اليمين ، أو علمه بأية واقعة أخرى . (والحكم واحد في التقنين اللبناني والتقنين المصري) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٤٠٠ فقرة أولى : مطابقة لنص التقنين المصري .
(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٥٩ : ولا يجوز توجيهها (اليمين الحاسمة) إلا على واقعة تتعلق بشخص من وجهت إليه اليمين .

Art. 1359 : Il ne peut être déféré que sur un fait personnel à la personne à laquelle on le défère.

(٢) وقد أورد قانون البيئات السوري في المادة ١١٨ منه نص هاتين المادتين من تقنين المرافعات المصري .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « يتعين أن ترد اليمين على واقعة قانونية ، لا على مسألة من مسائل القانون . فحكمها من هذا الوجه حكم الإقرار . ذلك أن استخلاص الآثار القانونية التي ترتب على الواقع من شأن القاضي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٩) .

واضحة . ويجب على من يوجه اليمين أن يضع صيغتها ، بحيث يبين بعبارة واضحة دقيقة الواقعة التي يريد استحلاف خصمه عليها . فاذا رأى القاضى أن الصيغة يعوزها الوضوح أو الدقة ، كان له أن يعدل فيها حتى تتحدد الواقعة المطلوب الحلف عليها (م ١٧٥ - ١٧٦ مرافعات) . وفى هذه الحالة لا توجه اليمين إلا بعد أن يوافق الخصم الذى وضع الصيغة الأولى على التعديل الذى أدخل فيها ، فقد يكون هذا التعديل من شأنه أن يحور الصيغة تحويراً يجعلها تنصرف إلى معنى غير الذى أراد ، فلا يرضى بتوجيه اليمين على هذا النحو^(١) ، وقد قدمنا أن توجيه اليمين تحكم من جانب الخصم لا من جانب القاضى^(٢) .

ويصح توجيه اليمين الحاسمة فى أية واقعة قانونية ، أياً كانت قيمتها ، حتى لو تجاوزت هذه القيمة نصاب البينة وليس عند المدعى كتابة تثبت مدعاه . فيستطيع ، وقد عجز عن تقديم الدليل الكتابى الذى يتطلبه القانون ، أن يوجه إلى خصمه اليمين الحاسمة ، وهى آخر ملجأ له فى هذه الحالة . أما إذا كان عنده مبدأ ثبوت بالكتابة ، فهو لا يوجه اليمين الحاسمة إلا إذا عجز عن استكمال دليله بالبينة أو القرائن . فان استطاع ذلك ، أو استطاع إقناع القاضى باستكمال الدليل عن طريق توجيه اليمين المتممة إليه هو ، فانه حينئذ لا يلجأ إلى توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه بعد أن توافر لديه الدليل على حقه^(٣) .

(١) الموجز للمؤلف ص ٦٩٠ .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٤٩ .

(٣) والقضاء مستفيض فى هذا الموضوع : والمبدأ الأساسى هو أن اليمين توجه فى أية واقعة منتجة جائزة الإثبات (استئناف مختلط ٢٦ يونية سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٧٢ — ١٢ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢٠) — ويجوز توجيهها حتى بعد الدفع بالتقادم (استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢١٨ — أول مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٣٦) — كما يجوز توجيهها لإثبات عكس الثابت بالكتابة : استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٧٦ — ٢٤ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٣٨ (لإثبات التخلص من دين ثابت بالكتابة) — ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٦ (المقترض يتمسك بأن فى ذمته مبلغاً أقل ، فاليمين يجب أن تفسح المجال لحلول ثلاثة : الحلف على المبلغ الأكثر الذى يتمسك به المقرض ، النكول إطلاقاً ، الحلف على المبلغ الأقل الذى يتمسك به المقرض) — ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨ (لإثبات ما يجاوز الكتابة أو يعارضها) — ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٧٣ (على صحة حساب حتى لو كان هذا الحساب قد صدق عليه) — ٢ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٢٢ لا توجه اليمين لمعارضة واقعة ثابتة بمسند صادر من وجهها) — ١٦ فبراير سنة ١٩٠٤ =

٢٨٣ — عدم مخالفة الواقعة للنظام العام : ويجب أن تكون الواقعة

التي يطلب الحلف عليها غير مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب . ذلك أن توجيه اليمين تحكيم ، كما قدمنا ، وهو والإقرار في هذا بيان . وقد نصت المادة ٨١٩ من تقنين المرافعات على أنه « لا يصح التحكيم إلا ممن له التصرف في حقوقه ، ولا يصح التحكيم في نزاع يتعلق بالأحوال الشخصية أو الجنسية ولا في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح » ومن ثم لا يجوز توجيه اليمين في وصية تزيد على الثلث ولا في هبة عقار لم تكتب في ورقة رسمية لأن الواقعة تخالف القانون . ولا يجوز توجيه اليمين في النسب ولا في الجنسية لأن هذا يخالف النظام العام . ولا يجوز توجيه اليمين في إيجار منزل للعاهرة أو للمقامرة لأن هذا يخالف الآداب . وقس على ذلك عدم جواز توجيه اليمين في دعوى يدفع فيها بالتقادم إذا لم يكن مبنياً على افتراض الوفاء^(١) ، أو يدفع بعدم جواز سماعها لحجة الأمر المقضي ، أو يطلب فيها إثبات التزام طبيعي مع الحكم بتنفيذه ، أو إثبات اتفاق على ربا فاحش^(٢) .

= م ١٧ ص ٨ (ولو لم يوجد مبدأ ثبوت بالكتابة) — ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٤ و ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٤٦ و ٢٣ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨١ (لإثبات عكس الثابت بالكتابة) — أنظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٢٣ — ١٥ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٤٨٤ — ٢١ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٥٤ — وأنظر : استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٦٢ (الإثبات بعض الوقائع المتنازع عليها دون البعض الآخر) .

أنظر في هذه المسألة المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥١) — وأنظر أيضاً : أوبري ورو ١٢ ص ١٤٤ .

(١) والصورة هنا أن يدفع المدعى عليه بتقادم الدين ، فيوجه إليه الدائن اليمين الحاسمة ليحلف على أن الدين غير موجود في ذمته . ولكن يجوز للمدعى عليه ، إذا لم يستطع إثبات التقادم ، أن يوجه اليمين الحاسمة إلى المدعى ليحلف على أن الدين موجود في ذمة المدعى عليه .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢٣ — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة على واقعة لو صحت كانت جريمة ، لأنه لا يصح أن يكون النكول عن اليمين دليلاً على ارتكاب الجريمة (١٧ يناير سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ١٠ ص ٢٠) . كذلك لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة ولا اليمين المتممة في دعوى جنائية أو في دعوى مدنية مرفوعة أمام محكمة جنائية (بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٤٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ =

ولكن اذا وجهت اليمين من الشخص الذى كان ضحية الواقعة غير المشروعة لإثبات هذه الواقعة وترتيب حكم القانون عليها ، فان هذا يجوز ، فيجوز للمقترض أن يوجه اليمين الى المقرض ليحلف على أن مبلغ القرض الذى يطالب به لا يشتمل على فوائد ربوية فاحشة ، ويجوز للمدين بسند أن يوجه اليمين الى الدائن ليحلف على أن سبب الدين ليس سبباً غير مشروع كقامرة أو رهان^(١) .

= فقرة ١٥٧٦ - الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ٢ ص ٢٥ - ص ٢٦ - وقارن جارسون في تعليقاته على قانون العقوبات الفرنسي ٢ فقرة ٦٣٧) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « . . نص (المشروع) على عدم جواز توجيه اليمين بشأن واقعة تخالف النظام العام ، فلا يجوز توجيه اليمين مثلاً بشأن واقعة جنائية ، فاليمين قاصرة على المنازعات المدنية ، ولا تقبل قط في المسائل الجنائية ولو فيما يتعلق بالدعوى المدنية . وقد أقر الفقه والقضاء الاستثناءات الآتية ولم يحجز توجيه اليمين : (١) لإقامة الدليل على تصرف يشترط لوجوده شكل خاص ، لأن الكتابة لا تكون في هذه الحالة دليلاً فحسب ، بل تكون شرطاً من شروط الصحة . (ب) للمنازعة في البيانات التى يلحق بها وصف الرسمية في محرر رسمى ، لأن الدليل العكسى لا يقام إلا من طريق الطعن بالتزوير (استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥١) . (ج) لنقض دلالة قرينة قانونية مؤسسة على النظام العام (استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٤) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥١ — ص ٤٥٢) .

(١) وقد قضت محكمة أسبوط الجزئية بأنه يجوز توجيه اليمين الحاسمة على واقعة مخلة بالشرف أو مخالفة للقانون كواقعة ربا فردية ، لأن توجيه اليمين في مثل هذه الحالة لا يناهى النظام العام أو الآداب (٢٥ مارس سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٣٣) — وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأنه يجوز توجيه اليمين الحاسمة لإثبات الربا الفاحش (أى واقعة فردية) لأن ذلك وإن كان يؤدي إلى إثبات ركن من أركان جريمة الربا الفاحش إلا أنه لا يمس النظام العام في شيء (١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٨٨ ص ٢٧٩ ، قارن الأقصر ١٤ فبراير سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ ص ٢٥٩) . أما إذا كانت الوقائع المراد التحليف عليها تكون عادة الإفراض بالربا الفاحش ، فلا يجوز توجيه اليمين الحاسمة فيها ، لأنه لا يجوز التحليف على واقعة لو صحت كانت جريمة كما قدمنا (انظر الحاشية السابقة) . ومع ذلك فقد جاء في حكم لمحكمة أسبوط الكلية : اختلف الفقهاء في جواز تحليف اليمين على واقعة معاقب عليها جنائياً ، فقال البعض بجوازه استناداً إلى أن المطلوب تحليفه إذا كان بريئاً حلف اليمين ، وإلا فهو ليس أهلاً للرعاية ، وقال البعض الآخر إنه لا يجوز إحراج مركز الخصم وتحليفه مدنياً على ما لا يجوز التحليف عليه جنائياً . غير أنه يجمع على جواز التحليف على واقعة ولو كانت ماسة بالشرف ، وكذا على واقعة واحدة لربا فاحش إذ هي وحدها لا تكون جريمة الاعتياد على الربا الفاحش (٢ مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٣٨ ص ٥٥٦) .

ونرى مما قدمناه من القضاء المصرى أن رأى الراجح هو جواز التحليف على واقعة ماسة =

٢٨٤ — يجب أنه تكون الواقعة حاسمة في الدعوى : ولا توجه اليمين

الحاسمة الا في واقعة حاسمة في الدعوى^(١) . ذلك أن مهمة هذه اليمين — كما هو ظاهر من اسمها — هي حسم النزاع . وهي بمجرد توجيهها الى الخصم تقرر مصير الدعوى . فاذا حلفها خسر المدعى دعواه ، واذا نكل أجيب المدعى الى طلباته ، واذا ردها وحلف المدعى كسب الدعوى ، أو ردها ونكل المدعى خسر الدعوى . فعلى أى وجه من الوجوه تنتهى اليمين الحاسمة ، فان النزاع لا بد أن ينحسم بها . ومن ثم لا يجوز توجيهها الا في الواقعة التي ينحسم بها النزاع . فلا يجوز توجيهها بالنسبة الى الطلبات الأصلية مع احتفاظ المدعى بالحق ، اذا حلف المدعى عليه ، في تقديم طلبات احتياطية^(٢) . ولا يجوز توجيهها من المقرض الى المقرض في أن القرض لا يشتمل على فوائد ربوية اذا كان المقرض يطلب الحكم برفض الدعوى أصلاً لأن القرض لم يتم^(٣) .

وغنى عن البيان أن الواقعة الحاسمة في الدعوى يجب أن تكون الواقعة الأساسية فيها ، فلا يصح توجيه اليمين في واقعة لا تدخل في نطاق الدعوى .

= بالشرف وعدم جواز التحليف على واقعة تكون جريمة جنائية . ومع ذلك فقد أورد الأستاذ عبد السلام ذهني خلافاً في هاتين المسألتين (انظر الأدلة ٢ ص ١٨ — ص ٢٠) .
انظر في الفقه الفرنسي : أوبري ورو ١٢ ص ١٤٤ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٦ ص ١٠٥١ وفقرة ١٥٧٩ ص ١٠٥٣ — ص ١٠٥٤ .

(١) استئناف مصر ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٧٤ ص ١٥٣ — ٤ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢١ ص ٣٩ — استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٨ — ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٢ — أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٥ — ٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٧ — ٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥١ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٦٨ — ٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٧ ص ١٨٨ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٧٣ — ٢٦ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٥ — ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٤١ — ٢٠ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٨٣ .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٨ .

(٣) ولا يجوز توجيهها مع حفظ الحق ، في حالة الحلف ، في رفع دعوى مستقلة (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٨١) — ولا في وقوع اتفاق مع محام على الاتعاب التي يتقاضاها ، مادام هذا الاتفاق ، بفرض وقوعه ، يجوز للقاضي تعديله (استئناف مختلط . =

مثل ذلك أن ينكر المدعى عليه أنه اقترض المبلغ الذى يطالبه به المدعى ، فلا يجوز توجيه اليمين من المدعى إلى المدعى عليه أنه وفى بهذا المبلغ ، مادام المدعى عليه يقول إنه غير مدين أصلاً ، فلم تدخل واقعة الوفاء فى نطاق ما يدفع به دعوى المدعى . ولا يصح توجيه اليمين فى موضوع الدعوى أمام القضاء المستعجل لأن هذا القضاء لا شأن له بالبت فى الموضوع ، ولكن إذا وجهت اليمين فى واقعة تدخل فى اختصاص القضاء المستعجل أمام هذا القضاء صح ذلك (١) .

وكون الواقعة التى توجه فيها اليمين داخلة فى الدعوى وحاسمة فيها مسألة واقع لا مسألة قانون ، ومن ثم لارقابة لمحكمة النقض عليها (٢) .

٢٨٥ — تعلق الواقعة بشخص من وجهت إليه اليمين — يمين

عدم العلم : ويجب أخيراً أن تكون الواقعة متعلقة بشخص من توجه إليه اليمين (٣) . فلا يجوز أن توجه الخصم عن وقائع لا تتعلق بشخصه (٤) ، إلا إذا أريد تخليفه على عدم علمه بهذه الوقائع . فلا توجه اليمين إلى صاحب السيارة

= ٣١ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٠٠) — ولا يجوز توجيهها إلى مدير مصرف فى تعليمات يقول أحد العملاء إنه أعطاها لأحد الموظفين فى غياب المدير ، ما دامت هذه التعليمات ، بفرض صحة صدورهما من العميل ، لا ترتب مسئولية المدير (استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩٦) . ولكن يجوز توجيهها فى واقعة حاسمة ، حتى لو اضطر القاضى ، بعد حلفها ، إلى عمل حساب ليتين المبلغ الذى يقضى به على وجه الدقة (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٦٢) .

(١) جارسونيه وسيزاربرى فى المرافعات ٨ فقرة ٢٠٨ ص ٢٨ — سيزاربرى وهبرو فى القضاء المستعجل ١ فقرة ٥٥ ص ١١٣ — أنسيكلويدى دالوز فى القانون المدنى (Preuve) فقرة ١١٤٠ .

(٢) أوبرى ورو ١٢ ص ١٤٢ — وأنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٩ .

(٣) استئناف مصر ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٦٢ رقم ٣٢ — استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٨ — ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٣٧ — ٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٣٥ — ١٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٤ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٤ .

(٤) ولو تعلقت بأعمال صدرت من متبوعه وكان هو مسئولاً عن هذه الأعمال (أوبرى ورو ١٢ ص ١٤٣ هامش رقم ٢١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٠) .

على أن السائق لم يرتكب خطأً كان سبباً في الحادث الذي وقع إذا لم يكن صاحب السيارة وقت وقوع الحادث مستصحباً للسائق ، وإنما يحلف صاحب السيارة على أنه لا يعلم أن السائق ارتكب خطأً . كذلك لا توجه اليمين إلى وارث على أن مورثه غير مدين بالحق المدعى به ؛ ولكن يجوز أن يطلب من الوارث أن يحلف على أنه لا يعلم أن مورثه مدين بهذا الحق ، وهذا هو غاية ما يستطيع أن يحلف عليه (١) .

وفي الحالتين المتقدمتين الذكر إنما يحلف الخصم على عدم العلم لا على البتات ، لأنه يحلف على فعل غيره لا على فعل نفسه ، كما يقول التقنين المدني العراقي في الفقرة الأولى من المادة ٧٩ (٢) . ولذلك سميت هذه اليمين بيمين عدم العلم (serment de crédulité, de crédibilité) (٣) . وهي غير يمين الاستيثاق (serment libératoire) التي سيرد ذكرها عند الكلام في اليمين المتممة ، وإن

(١) استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢١٨ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣١ — ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٢٧ — ١٧ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٥٣ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٧٣ — ٥ أبريل سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٥١ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ — ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٤ .

(٢) وقد رأينا أن المادة ٧٩ من التقنين المدني العراقي تنص على ما يأتي : « ١ - إذا حلف شخص على فعله يحلف على البتات ، وإذا حلف على فعل غيره يحلف على عدم العلم . ٢ - واليمين إما بالسبب فيما لا يرتفع سببه ، أو بالخاص فيما يرتفع سببه . ومثل من يحلف على البتات لأنه يحلف على فعل نفسه من ادعى عليه يبيع أو طلاق فيحلف أنه ما باع وما طلق . ومثل من يحلف على عدم العلم لأنه يحلف على فعل غيره من ادعى على مورثه بدين فيحلف أنه لا يعلم أن على مورثه الدين المدعى به . أما اليمين بالسبب أو بالخاص ، فينظر فيها إلى دعوى المدعى وإنكار المدعى عليه . فإن كان المدعى يطلب حقاً لم يبين سببه ، وأنكر المدعى عليه هذا الحق ، فاليمين تكون بالخاص ، ويحلف أن هذا الحق ليس في ذمته . وأن طلب المدعى حقاً وبين سببه ، وأنكر المدعى عليه حاصل دعواه ، فاليمين تكون أيضاً بالخاص ، كما إذا قال المدعى أن له ديناً في ذمة المدعى عليه سببه القرض ، فينكر المدعى عليه المديونية ذاتها دون أن يتعرض للقرض ، فيحلف أنه ليس مديناً للمدعى . وإن طلب المدعى حقاً وبين سببه ، وأنكر المدعى عليه هذا السبب ، فاليمين تكون بالسبب ، ففي المثل المتقدم ينكر المدعى عليه القرض ، ويحلف أنه ما وقع (أنظر شرح المجلة للأستاذ سليم باز المادة ١٧٤٩ ص ١١٠٢ — ص ١١٠٥ — طرق القضاء للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٢٥٣ — ص ٢٥٧) .

(٣) ويلاحظ أن يمين عدم العلم قد عممت في التقنين المدني الجديد، فأية واقعة لا تكون قضية شخصية للخصم يحلف على عدم علمه بها، دون نظر إلى ما إذا كان هذا الخصم هو الوارث أو غيره . وسرى في يمين الاستيثاق أن اليمين على عدم العلم في المواضع التي تطلب فيها هذه اليمين إنما يحلفها = (٣٥ الوسيط — ج ٢)

كان يقع الخلط بينهما كثيراً^(١) ، فيمين عدم العلم يمين حاسمة ويمين الاستيثاق الراجح فيها أنها يمين متممة ، وسيأتى بيان ذلك .

= الورثة والأوصياء . أما فى القانون الفرنسى فيمين عدم العلم تحلفها الورثة دون غيرهم ، لأن نص التقنين الفرنسى (م ١٣٥٩) لم يرد فيه من التعميم ما ورد فى نص المادة ١١١ فقرة أولى من التقنين المدنى المصرى الجديد (انظر فى هذه المسألة أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ هامش رقم ١١ وهامش رقم ٢٢ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٣٨ مكرر ١ — فقرة ٢٧٣٨ مكرر ٢ .

(١) وسبب هذا الخلط أن يمين الاستيثاق المنصوص عليها فى المادة ٣٧٨ مدنى وفى المادة ١٩٤ تجارى — وسيرد بيان ذلك تفصيلاً — اعتبرت خطأ هى يمين عدم العلم . ثم وسع نطاقها ، فلم تصبح مقصورة على الحالتين المنصوص عليهما فى المادتين السالفتى الذكر ، بل عمت فأصبحت تشمل جميع الحالات التى يمكن أن تحلف فيها الورثة على عدم علمهم بواقعة متصلة بشخص المورث . وبقيت اليمين على اسمها - يمين الاستيثاق - بعد هذا التعميم . فاختلطت يمين الاستيثاق المحدودة فى نطاق معين وفى نصوص معينة - وهذه هى وحدها التى يصح أن يطلق عليها يمين الاستيثاق — بيمين عدم العلم التى لا شأن لها بالنطاق المرسوم ليمين الاستيثاق . وتلمح أثر هذا الخلط فى الأحكام والمؤلفات الفقهية (انظر مثلاً : نقض مدنى أول يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٣ ص ٣٩٥ — استئناف أسبوط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٣٣ ص ٣٩٧ — الموجز للمؤلف فقرة ٦١٠ — نظرية الالتزام للأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت الطبعة الأولى فقرة ٨٤٠ — فقرة ٨٤١ — وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٠) . وانظر فى وجوب التمييز بين يمين عدم العلم ويمين الاستيثاق الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الأثبات فقرة ١٤٤ .

ونورد حكمين لمحكمة استئناف أسبوط ، أحدهما يخلط بين يمين عدم العلم ويمين الاستيثاق ، والحكم الثانى على النقيض من ذلك يميز بين اليمينين . جاء فى الحكم الأول : يجوز توجيه يمين عدم العلم أو يمين الاستيثاق ، تطبيقاً للقواعد العامة المتعلقة بتحليف اليمين ، إذا توافرت شروطها القانونية . وليس من الصواب الأخذ بالرأى المرجوح القائل بأن يمين الاستيثاق لا يصح توجيهها إلا فى الحالات الاستثنائية الواردة بالمادتين ٢١٢ و ٢١٣ من القانون المدنى (القديم) والمادة ١٩٤ من القانون التجارى ، لأن القول بهذا رأى يتنافى العدل ، إذ ينقطع سبيل الدائن على الوارث الذى يعلم تمام العلم بأن مورثه مات وذمته مشغولة بالدين (١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٣٣ ص ٣٩٧) — وجاء فى الحكم الثانى : إذا كان الأصل فى اليمين الحاسمة ألا توجه إلا لنفس الخصم عن واقعة متعلقة بشخصه ، إلا أن هذا لا يمنع من توجيه اليمين للورثة على أن تكون صيغتها قاصرة على علمهم أو عدم علمهم بمديونية مورثهم لحين وفاته . وهذا العلم أو عدم العلم بالمديونية مسألة شخصية بالنسبة للوارث ، فقد يكون الدين صحيحاً ومع ذلك لا يعلم به الوارث فيحلف صادقاً بعدم العلم . وليست هذه اليمين يمين استيثاق ، بل هى حاسمة يلتزم من وجهها بنتيجة توجيهها (١٠ مارس سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ٣٠٢ ص ٦٢٥) . انظر أيضاً : بنى سويف الجزئية ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٠ ص ٢٠٠ .

المطلب الخامس

عدم جواز الرجوع في اليمين الحاسمة

٢٨٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ٤١٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه أن يحلف »^(١).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص^(٢).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري م ١١٦ فقرة ٢ — وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٧٦ — وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٣٥ — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠١^(٣).

= ويمين عدم العلم — ككل يمين حاسمة — لا يجوز أن توجه إلى قاصر ولا يملك وصيه الحلف عنه . وقد قضت محكمة استئناف أسيوط ، في هذا المعنى ، بأنه إذا وجهت اليمين الحاسمة ثم توفي من وجهها ، فرد الموجه إليه تلك اليمين على الورثة ومنهم البالغ والقصر ، فيعتبر أنه قد ارتضى هذه اليمين من البالغ دون القصر ، لأنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة للقصر لعدم أهليتهم ، ولا يملك وصيهم الحلف عنهم . واليمين الحاسمة التي يوجهها الخصم إلى خصمه في الدعوى إنما يوجهها عند عجزه عن الإثبات ، فإذا كان من وجهت إليه اليمين قاصراً بقيت حالة العجز عن الإثبات كما هي ، فلا يصح أن يلزم القاصر بشيء إذ لا يمكن اعتباره ناكلاً (١٦ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٩ ص ٢١٥) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٢٥ ، ثم مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٢ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٣ — ص ٤٥٤) .

(٢) الموجز للمؤلف ص ٦٩٠ — ص ٦٩١ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى — قانون البينات السوري م ١٦٦ فقرة ٢ : مطابقة

لنص التقنين المصرى .

= التقنين المدني العراقي م ٤٧٦ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٦٤ (١) .

وتنص المادة ١٧٧ من تقنين المرافعات على أنه « إذا لم ينازع من وجهت إليه اليمين لا في جوازها ولا في تعلقها بالدعوى ، وجب عليه إن كان حاضراً بنفسه أن يحلف فوراً أو يردها على خصمه ، وإلا اعتبر ناكلاً . ويجوز للمحكمة أن تعطيه ميعاداً للحلف إذا رأت لذلك وجهاً . فان لم يكن حاضراً وجب تكليفه على يد محضر بالحضور لحلفها بالصيغة التي أقرتها المحكمة وفي اليوم الذي حددته ، فان حضر وامتنع دون أن ينازع أو تخلف بغير عذر اعتبر ناكلاً كذلك » . وتنص المادة ١٧٨ من تقنين المرافعات أيضاً على أنه « إذا نازع من وجهت إليه اليمين في جوازها أو في تعلقها بالدعوى ، ورفضت المحكمة منازعته وحكمت بتحليفه ، بينت في منطوق حكمها صيغة اليمين ، ويعلن هذا المنطوق للخصم إن لم يكن حاضراً بنفسه ، ويتبع ما نص عليه في المادة السابقة » .

٢٨٧ - منى يجوز الرجوع في توكيد اليمين الحاسمة وفي ردها :

ويتبين من نصوص تقنين المرافعات أن اليمين الحاسمة متى وجهت الى الخصم ، فله أن ينازع في جواز توجيهها أو في تعلقها بالدعوى . فان لم ينازع ، أو نازع ورفضت المحكمة منازعته ، حكمت بتحليفه ، وبينت في منطوق حكمها صيغة اليمين المطلوب من الخصم أن يحلفها .

وقد كان من المعقول وقد صدر الحكم بالتحليف - وانقطعت معارضة الخصم فيه فأصبح مازماً بالحلف أو بالرد وإلا عد ناكلاً - أن يصبح ممتنعاً على الخصم الذي وجه هذه اليمين أن يرجع في توجيهها . وهذا هو منطق الوضع الذي صار إليه طالب اليمين : وجه اليمين الى خصمه ، فصدر حكم بتوجيهها ،

= تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٣٥ : إن الفريق الذي كلف خصمه حلف اليمين أو ردها عليه لا يجوز له الرجوع إذا صرح الخصم باستعداده لحلف اليمين . (وهذا النص يطابق في الحكم نص التقنين المصري) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٤٠١ : مطابقة لنص التقنين المصري .

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٦٤ : الخصم الذي وجه اليمين أو ردها لا يجوز له أن يرجع في ذلك متى أعلن خصمه أنه مستعد لحلف هذه اليمين .

Art. 1364 : La partie qui a déferé ou référé le serment, ne peut plus se rétracter lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce serment.

وأصبح خصمه ملزماً إما بالحلف وإما بالرد دون أن يتوقف شيء من ذلك على قبوله ، فكان المنطق يقضى بأن الوقت الذى يعلم فيه الخصم الذى وجهت إليه اليمين بصدور الحكم بتحليفه هو الوقت الذى لا يستطيع فيه الخصم الذى وجه اليمين أن يرجع عن هذا الطلب . أما قبل ذلك فيكون له الرجوع ، ويلجأ فى إثبات الدعوى الى طرق أخرى غير اليمين ، أو ينزل عن دعواه حتى يتيسر له الحصول على أدلة الإثبات فيرفع الدعوى ثانية إذا كان حقه لم يتقادم .

ولكن نصاً صريحاً فى التقنين المدنى الجديد يقضى ، كما رأينا ، بأنه « لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع فى ذلك متى قبل خصمه أن يحلف » . وهذا النص مصدره المادة ١٣٦٤ من التقنين المدنى الفرنسى ، وتقضى بأن « الخصم الذى وجه اليمين أو ردها لا يجوز له أن يرجع فى ذلك متى أعلن خصمه أنه مستعد لحلف اليمين » . فالنص صريح إذن فى أن من وجه اليمين أو ردها يجوز له الرجوع فى ذلك ما دام خصمه لم يعلن أنه قبل أن يحلف اليمين . فيجوز الرجوع إذن حتى بعد صدور الحكم بتحليف اليمين ، وحتى بعد إعلانه للخصم . ولا يسقط حق الرجوع هذا إلا اذا أعلن الخصم الذى وجهت إليه اليمين أو ردت عليه أنه مستعد للحلف . فان لم يعلن هذا الاستعداد ،بقى حق الرجوع قائماً حتى يحلف اليمين فعلاً (١) .

وبالرغم من أن هذا الحكم لا يتفق مع المنطق ، كما قدمنا ، وبالرغم من أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لا تعين على تبريره (٢) ، فانه الحكم الذى

(١) استئناف مختلط ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٨ .

(٢) وهذا ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « استقى نص هذه المادة من التقنين الفرنسى (م ١٣٦٤) والتقنين الإيطالى (م ١٣٧٢) والتقنين الهولندى (م ١٩٧٢) والتقنين البرتغالى (م ٢٥٢٨) . وليس هذا النص سوى نتيجة لطبيعة اليمين من الناحية القانونية . فاليمين ، كما تقدم ، نظام استلهمت فيه مقتضيات العدالة ، وهو يبيح لمن يعوزه الدليل أن يركن إلى ذمة خصمه . . . ويبيح لمن توجه إليه أن يردها بدلا من أدائها أو النكول عنها . ويقابل كلا من هذين الحقين التزام الطرف الآخر بالاستجابة لتلك الدعوة ، وإلا كان هذا الحق خلوا من الفائدة . ويتفرع على ذلك أنه إذا احتكم شخص إلى ذمة خصمه ، فليس له أن يعدل فى موقفه إذا استجاب الآخر لهذا الاحتكام بالإعراب عن استعداده لأداء اليمين أو ردها ، لأن النزاع فى هذه الحالة ينتقل من نطاق القانون إلى نطاق العدالة . ويتضح من ذلك أن الأمر لا يمكن أن يتعلق بتعاقد أو صلح تؤسس عليه اليمين ، لأن مجرد توجيه اليمين إلى أحد =

تقضى به صراحة النص ، وقد جرى عليه الفقه والقضاء في فرنسا (١) .

فاذا ما قبل الخصم الحلف (٢) ، ولو كان القبول مقترناً بطلب تعديل اليمين لتكون منتجة في الإثبات (٣) ، امتنع على الخصم الذي وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك . فان رجع رفضت دعواه ، لأنه ترك بتوجيه اليمين أو بردها ما عداها من طرق الإثبات (٤) . وذلك كله ما لم يكن توجيه اليمين أو ردها قد شابته غلط أو تدليس أو إكراه (٥) .

= الخصوم لا يترك له حرية رفضها . بل القانون يفرض على من توجه إليه التزاماً تخييرياً بأدائها أو النكول عنها أو بردها ، متى قضى بقبولها « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٣ — ص ٤٥٤) .

فالمذكرة الإيضاحية تذكر أولاً أنه ليس لمن وجه اليمين ، وقد احتكم إلى ذمة خصمه ، أن يعدل في موقفه إذا استجاب الخصم لهذا الاحتكام بالإعراب عن استعداده لأداء اليمين أو ردها . وهذا صريح في أن الخصم الذي وجه اليمين لا يمتنع عليه حق الرجوع إلا من وقت قبول خصمه للحلف أو الرد . ولكن المذكرة تعود ثانياً إلى القول بأن مجرد توجيه اليمين إلى أحد الخصوم لا يترك له حرية رفضها . فقبول هذا الخصم ليس إذن ضرورياً . فقيم إذن جعلنا هذا القبول هو الذي يمنع من الرجوع في توجيه اليمين ! ومهما يكن من أمر ، فالأفضل أن يعتبر ، كما قدمنا ، قبول الخصم الذي وجهت إليه اليمين بمثابة قبول المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير يمنع رجوع المشتراط عن اشتراطه ، وإن كان المنتفع حراً في القبول أو الرفض وليس الخصم الذي وجهت إليه اليمين حراً في قبول هذا التوجيه أو رفضه . (قارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢١٥ — ص ٢١٦) .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٤٩ وهامس رقم ٤٠ — ويقول بلانيول وريبير وجابولد أن قبول الخصم الذي وجهت إليه اليمين يعتبر قبولاً لإيجاب (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٧ ص ١٠٥١) . وانظر في هذا المعنى وفي أن هناك عقداً قضائياً (contrat judiciaire) يتولد من اقتران هذا الإيجاب بالقبول : استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢١٧ — ٢٨ مارس سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٦٥ .

(٢) ولا يعتبر قبولاً أن يرضى بالحلف على بعض الوقائع دون بعض (استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٦٤) .

(٣) استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٠ .

(٤) استئناف أمل ١٦ يونيو سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٢٤ . وامتنع عليه كذلك أن يطلب تعديل اليمين (استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢١) .

(٥) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٤٩ — كذلك إذا صدر إقرار من الخصم للذي وجهت إليه اليمين فهذا أقوى من النكول ، ولم يعد لليمين محل وجاز الرجوع فيها (استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٣٦) .

أما قبل قبول الخصم للحلف، أو قبل أن يحلف فعلاً، فإنه يجوز الرجوع في توجيه اليمين أو في ردها^(١). ولا يشترط في الرجوع شكل خاص. بل إن استئناف الحكم القاضي بتوجيه اليمين أو بردها يعتبر رجوعاً في التوجيه أو في الرد^(٢).

٢٨٨ — الأثر الذي يترتب على الرجوع في توجيه اليمين أو في ردها:
وإذا رجع من وجه اليمين في وقت كان الرجوع فيه جائزاً، ثم لجأ إلى طرق أخرى لإثبات دعواه فلم يفلح، جاز له أن يعود ثانية إلى توجيه اليمين، ما لم يكن قد نزل نهائياً عن توجيهها وقبل منه خصمه هذا النزول^(٣).

أما إذا رجع من رد اليمين على خصمه في هذا الرد، اعتبر رده لليمين كأن لم يكن، وعادت اليمين موجهة إليه هو، وتعين عليه أن يحلف وإلا عد ناكلاً^(٤).

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على توجيه اليمين الحاسمة

٢٨٩ — مسائل أربع : إذا وجهت اليمين الحاسمة إلى الخصم وفقاً للأحكام التي قدمناها، لم يسع هذا الخصم إلا أحد أمرين : إما أن يحلف إيماناً، وإما أن يردّها على من وجهها. فإذا لم يحلف اليمين أو يردّها، عد ناكلاً

(١) كفر صقر ٨ يولييه ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٢١.

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٤٩ — نقض فرنسي ٣ مايو سنة ١٨٧٦ سيرييه ٧٦ — ١ — ٢١٦.

(٣) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٤٩ — ص ١٥٠ وهامش رقم ٤٠ — الموجز للمؤلف ص ٦٩١ — عكس ذلك ديرانتون ١٣ فقرة ٥٩٧ — لارومبيير م ١٣٦٤ فقرة ٣.

(٤) ويبدو أنه لا يوجد ما يمنع الخصم، بعد أن رجع في رد اليمين، أن يعود ثانية إلى ردها، وذلك قياساً على أن من يرجع في توجيه اليمين يستطيع أن يعود ثانية إلى توجيهها. هذا ما لم يكن قد فهم ضمناً من رجوعه في رد اليمين أنه عدل نهائياً عن ردها، فعندئذ يتعين عليه أن يحلف وإلا عد ناكلاً.

وخسر الدعوى^(١). فتوجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم يترتب عليه حتماً من جانب هذا الخصم أحد مواقف ثلاثة: (١) إما أن يحلف اليمين (٢) وإما أن يردّها على خصمه (٣) وإما أن يمتنع عن الحلف والرد فيعد ناكلاً. ثم إن حلف اليمين أو النكول عنها حجية حددها القانون.

فهذه مسائل أربع نتكلم فيها على التعاقب: (١) حلف اليمين الحاسمة (٢) ردّها (٣) النكول عنها (٤) حجيتها.

المطلب الأول

حلف الخصم لليمين الحاسمة

٢٩٠ — **كيفية الحلف**: يجب على الخصم الذي وجهت إليه اليمين الحاسمة، ولم يردّها على خصمه، أن يؤدي اليمين بنفسه، لأن خصمه قد احتكم إلى ضميره، فلا يصح أن يوكل غيره في الحلف. وقد نصت المادة ١٨٣ من تقنين المرافعات على هذا الحكم صراحة فقالت: «لا يجوز التوكيل في تأدية اليمين». وإذا صح التوكيل في تحليف اليمين، فإن التوكيل في حلفها لا يجوز، كما قدمنا. وفي هذا المعنى تقول المادة ٤٧٣ من التقنين المدني العراقي: «تجرى النيابة في التحليف، ولكن لا تجرى في اليمين». (انظر أيضاً المادة ١٣٢ من قانون البيئات السوري).

وتأدية اليمين تكون بأن يقول الخصم: «أحلف»^(٢)، ثم يذكر صيغة اليمين التي أقرتها المحكمة. فإذا كان دين الخصم يفرض أوضاعاً مقررة في الحلف،

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم الذي يوجه اليمين يجب أن يقضى بقبول أو رفض الدعوى في حالة الحلف أو عدم الحلف، فهو حكم معلق على شرط في كل من الشقين (١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩٠ — ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٣).

(٢) ولا يجوز التحليف بصيغة الطلاق، فإن الحلف بهذه الصيغة يتعدى أثره إلى الزوجة والأولاد. وقد قضت محكمة طنطا الكلية بأن توجيه اليمين بصيغة الطلاق يخالف القانون، وذلك لأن قانون المرافعات لم يسمح للخصم الذي يكلف خصمه باليمين إلا أن يقدم صيغة الواقعة التي يريد الاستحلاف عليها، وقد جرى العرف في القضاء الأهلي بأن تكون اليمين بصيغة «أقسم أو أحلف بالله العظيم»، وحكمة هذا هو الشعور بجلال المحلوف به وبرهبة وخشية العقاب. =

جاز للخصم أن يطلب تأدية اليمين وفقاً لهذه الأوضاع^(١). وقد وردت هذه الأحكام صراحة في تقنين المرافعات. فنصت المادة ١٨٠ من هذا التقنين على أن «تكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف أحلف ويذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة». ونصت المادة ١٨١ على أنه «لمن يكلف حلف اليمين أن يؤديها وفقاً للأوضاع المقررة في ديانته إذا طلب ذلك». (انظر أيضاً المادتين ١٢٩ و ١٣٠ من قانون البينات السوري).

=واليمين بصيغة الطلاق ليس فيها شيء من حكمة اليمين، ويتعدى أثرها إلى الغير (الزوجة والأولاد)، فهي أضعف من اليمين بالله قوة، وهي تضر الغير إذا كان الحالف حائثاً (١٠ سبتمبر سنة ١٩١٩ المحاماة ١ رقم ٣١ ص ١٩٦).

(١) كذلك يجوز للخصم الذي وجه اليمين أن يطلب من خصمه أن يضع يده على ما يعتبر في دينه الكتاب المقدس، إيماناً في إشعاره بجلالة الموقف وبخطر اليمين. وقد قضت محكمة بنى سويف الجزئية بأنه لا مانع يمنع الخصم عند توجيه اليمين الحاسمة لخصمه من أن يطلب منه أن يضع يده على المصحف أو الإنجيل أو التوراة وقت الحلف، فإذا قبل الخصم حلف اليمين ورفض وضع يده على الكتاب عد ناكلاً عن اليمين (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ١٠٠ ص ٤٩٠). ومع ذلك فقد قضت محكمة الاسكندرية الكلية بأن وضع اليد على المصحف الشريف ليس من الشرع في شيء، ومن باب أولى وضع اليد على مصحف خاص معروف بالبتوكية، وعليه فن يرفض حلف اليمين على هذه الصورة لا يعد ناكلاً عن اليمين (١٤ يونيو سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٧١ ص ٢٢٧ — قارن محكمة النقض الفرنسية في قضايا الحالف فيها مسلم من الجزائر: ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤-٥٨٥ — ٤ مايو سنة ١٩٣٦ — دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ ٣٣٢-٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٠ سيريه فهرست ١٩٤٠ لفظ الجزائر Algérie فقرة ٣ — أنسيكلوبيدى دالوز في القانون المدنى ٤ Preuve فقرة ١٠٦١).

وكان تقنين المرافعات المختلط (م ١٩٠) يوجب رفع اليد اليمنى عند القسم. أما التقنين الوطنى فلم يكن يوجب ذلك، وجرى العمل في المحاكم الوطنية على أن يقسم الحالف «بالله العظيم».

وقد رأينا أنه إذا كان دين من يحلف يفرض عليه ألا يقسم باسم الله، بل يقتصر على التأكيد باسم الذمة والضمير، جاز له أن يكتفى بذلك ما دام مثل هذا التأكيد يعتبر يميناً في دينه. ولكن لا يلزم الخصم باتباع دينه في الحلف إذا عرض أن يحلف وفقاً للأوضاع المدنية. (انظر أنسيكلوبيدى دالوز في القانون المدنى ٤ لفظ Preuve فقرة ١٠٦٢ وفقرة ١٠٦٥).

أما كيفية الحلف في الفقه الإسلامى فقد جاء في شأنه في البدائع ما يأتي: «وقال مشايخنا ينظر إلى حال الحالف، إن كان ممن لا يخاف منه الاجترار على الله تعالى باليمين الكاذبة، يكتفى فيه بالله عز وجل من غير تغليظ. وإن كان ممن يخاف منه ذلك تغلظ، لأن من العوام من لا يبالى عن الحلف بالله عز وجل كاذباً فإذا غلظ عليه اليمين يمتنع. وقال بعضهم إن كان المال المدعى يسيراً يكتفى فيه بالله عز وجل، وإن كان كثيراً يغلظ. وصفه التغليظ أن يقول: والله الذى=

ويعتبر في حلف الأخرس ونكوله إشارته المعهودة إن كان لا يعرف الكتابة،
فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله بها (م ١٨٢ مرافعات) . وقد نصت المادة ٤٧٨
من التقنين المدني العراقي على أنه « تعتبر يمين الأخرس ونكوله عن اليمين بإشارته
المعهودة » .^(١) (انظر أيضاً المادة ١٣١ من قانون البيئات السوري) .

= لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية، ونحو
ذلك مما يعد تغليظاً في اليمين . وإن كان الخالف كافراً، فإنه يحلف بالله عز وجل أيضاً، ذمياً كان
أو مشركاً، لأن المشركين لا ينكرون الصانع، قال الله تبارك وتعالى جل شأنه : ولئن سألتهم
من خلق السموات والأرض ليقولن الله، فيعظمون اسم الله تعالى عز شأنه ويعتقدون حرمة
الإله ... وإن رأى القاضى ما يكون تغليظاً في دينه فعل، لما روينا أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم غلظ على ابن صوريا، دل أن كل ذلك سائع، فيغلظ على اليهودى بالله تعالى عز وجل الذى
أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام، وعلى النصرانى بالله الذى أنزل الإنجيل على
سيدنا عيسى عليه الصلاة والسلام، وعلى المجوسى بالله الذى خلق النار ... وكذلك لا يجب تغليظ
اليمين على المسلم بزمان ولا مكان عندنا . وقال الشافعى رحمه الله : إن كان بالمدينة يحلف عند
المنبر، وإن كان بمكة يحلف عند الميزاب، ويحلف بعد العصر . والصحيح قولنا، لما روينا
من الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام : البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه،
مطلقاً عن الزمان والمكان . وروى أنه اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار إلى مروان بن
الحكم، ففضى على زيد بن ثابت باليمين عند المنبر، فقال له زيد أحلف له مكافى، فقال له
مروان لا والله إلا عند مقاطع الحقوق، فجعل زيد يحلف إن حقه لحق وأبى أن يحلف عند المنبر،
فجعل مروان يعجب من ذلك، ولو كان ذلك لازماً لما احتمل أن يأباه زيد بن ثابت . ولأن
تخصيص التحليف بمكان وزمان تعظيم غير اسم الله تبارك وتعالى، وفيه معنى الإشراك في
التعظيم . (البدائع ٦ ص ٢٢٧ - ص ٢٢٨) . وجاء في البحر الرائق في صدد التحليف
بالطلاق ما يأتي : « وفي الخانية وإن أراد المدعى تحليفه بالطلاق والعناق في ظاهر الرواية لا يجيبه
القاضى إلى ذلك، لأن التحليف بالطلاق والعناق حرام، ومنهم من جوزة في زماننا، والصحيح
ما في ظاهر الرواية اهـ . وفي كتاب الحظر والإباحة من التتارخانية والفتوى على عدم التحليف
بالطلاق والعناق اهـ . وفي منية المفتى لم يجزه أكثر مشايخنا، وإن مست إليه الضرورة يفتى أن
الرأى فيه للقاضى اتباعاً للبعض اهـ . وفي خزانة المفتين كما في منية المفتى، وزاد فلو حلفه القاضى
بالطلاق فنكل، وقضى بالمسال، لا ينفذ قضاؤه على قول الأكثر » . (البحر الرائق ٧
ص ٢١٣) .

(١) ونصت المادة ٤٧٤ من التقنين المدني العراقي على أنه « إذا اجتمعت طلبات مختلفة في
دعوى واحدة، يكتفى فيها يمين واحدة، ولا يلزم التحليف لكل منها على حدة » (انظر أيضاً
المادة ١١٥ من قانون البيئات السوري) . ونصت المادة ٤٧٧ من هذا التقنين على أنه « لا تكون
اليمين إلا أمام المحكمة، ولا اعتبار بالنكول عن اليمين خارجها » (انظر أيضاً المادة ١١٧ من
قانون البيئات السوري) . وهذه أحكام تدرى في القانون المصرى دون نص، لأنها تتفق مع
القواعد العامة .

وإذا كان لمن وجهت إليه اليمين عذر يمنعه من الحضور ، انتقلت المحكمة أو نذبت أحد قضاتها لتحليفه (م ١٧٩ مرافعات) .

ويحرر محضر بحلف اليمين ، يوقعه الحالف ورئيس المحكمة أو القاضي المنتدب والكاتب (م ١٨٤ مرافعات) (١) .

٢٩١ — ما يترتب على حلف اليمين الخامسة — النصوص القانونية :

تنص المادة ٤١٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

« لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه . على أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي ، فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض ، دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده » (٢) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٢٥/٢٩٠ (٣) .

(١) ويجب أداء اليمين بنفس الصيغة التي طلبت بها ، وكل تعديل في هذه الصيغة يمكن اعتباره نكولا ، وعلى ذلك إذا طلب من الخصم اليمين على أنه دفع مائة وعشرين ، ولكنه عند أدائها حلف بأنه دفع خمسة وسبعين فقط ، اعتبر هذا التعديل نكولا عن اليمين (الأقصر ٢٥ مارس سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٧١) . كذلك لا يجوز التحفظ في الحلف ، كأن يضيف الحالف عبارة تفيد أنه يقرر الواقع بقدر ما تعيه ذاكرته أو بقدر ما يعلم (استئناف مختلط ١٦ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٠٥ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٥١ وهامش رقم ٤٤) . ولا يجوز الامتناع عن الحلف حتى لو دفع من وجهت إليه اليمين بمسدم اختصاص المحكمة ، فاعليه إلا أن يستأنف حكم الاختصاص حتى لا يعتبر حلفه بعد ذلك رضاء ضمناً باختصاص المحكمة (استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٥) . ولا يمنع حلف اليمين حالفها من أن يستأنف الحكم بتوجيهها (استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٨) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥١ من المشروع التمهيدي على الوجه الذي استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا تحويراً لفظياً طفيفاً . وزال كل فرق لفظي في لجنة المراجعة ، وأصبح رقم المادة ٤٢٦ من المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فاجتة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٣ ، فجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٥ و ص ٤٥٧) .

(٣) وكانت المادة ٢٢٥/٢٩٠ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : « التكليف باليمين يؤخذ منه أن طالها ترك حقه فيما عداها من جميع أوجه الثبوت » .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في قانون البيئات السوري المادة ١٢٠ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٨١ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٣٤ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٢ (١) .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٦٣ (٢) .

ويؤخذ من نص التقنين المدني الجديد أن الخصم إذا حلف اليمين الحاسمة ، انحسم النزاع نهائياً ، وخسر الخصم الذي وجه اليمين دعواه . ولا يجوز لهذا الخصم أن يعود إلى مخاصمة من حلف اليمين مرة أخرى في نفس موضوع الحق ليثبت كذب اليمين (٣) كما لا يجوز له أن يقدم أى وجه آخر للاثبات (٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البيئات السوري م ١٢٠ : « ١ - توجيه اليمين يتضمن التنازل عما عداها من البيئات بالنسبة إلى الواقعة التي ترد عليها ، فلا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه . ٢ - على أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جزائي ، فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض ، دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده بسبب اليمين الكاذبة » . وهذا النص يتفق في أحكامه مع التقنين المصري .

التقنين المدني العراقي م ٤٨١ : تكاد تكون مطابقة لنص التقنين المصري ، وهي مطابقة في الحكم .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٣٤ : إذا حلف الفريق الذي كلف اليمين أو الذي ردت عليه ، فلا تقبل من خصمه إقامة البرهان على كذب يمينه . على أنه إذا ثبت كذب اليمين بمقتضى قرار جزائي ، حق للفريق المتضرر أن يطالب ببدل العطل والضرر ، وهذا لا يحول دون الطعن في الحكم بطرق المراجعة القانونية الممكنة . (وهذا النص يطابق في حكمه نص التقنين المصري) .
التقنين المدني للملكة الليبية المتحدة م ٤٠٢ : مطابقة لنص التقنين المصري .

(٢) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٦٣ : إذا أدبت اليمين الموجهة أو المردودة ، فلا يقبل من الخصم الآخر أن يثبت كذب هذه اليمين .

Art. 1363 : Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté.

(٣) ولكن هذا لا يمنع من الطعن في الحكم الذي صدر بالتعليف بوجوه تتعلق بصحة توجيه اليمين وبصحة الحلف وبغير ذلك مما يتعلق باليمين ذاتها وما يسرى عليها من أحكام . مثل ذلك أن يتمسك بنقص أهليته وقت حلف اليمين أو بعيب من عيوب الإرادة . وفي هذه الأحوال يلغى الحكم بتوجيه اليمين ، ويترتب على ذلك بطلان الحلف (الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢٢٠ هامش رقم ١) .

(٤) وفي الفقه الإسلامي لا تجوز البيئة بعد حلف اليمين إلا لعذر على قول خليل في المذهب المالكي . جاء في الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل : « وإن أنكر المدعى عليه أى أجاب =

وقد كانت المادة ٢٢٥/٢٩٠ من التقنين المدني السابق تنص على أن «التكليف باليمين يؤخذ منه أن طالبها ترك حقه فيما عداها من جميع أوجه الثبوت^(١)». وكان الفقه والقضاء في مصر ، في ظل هذا النص من التقنين السابق ، لا يجيزان للمدعى ، إذا ثبت أن خصمه حلف كذباً ، أن يطالبه بالتعويض . ويثبت الحلف كذباً عادة في دعوى جنائية تقام على الخالف . ذلك أن المادة ٣٠١ من قانون العقوبات تنص على أن «من ألزم باليمين أو ردت عليه في مواد مدنية ، وحلف كذباً ، يحكم عليه بالحبس ، ويجوز أن تزداد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصري» . وكان كل ما يستطيع الخصم الذي وجه اليمين إلى خصمه ، فحلف كذباً ، الانتفاع به من هذا النص ، في عهد التقنين المدني السابق ، هو أن يبلغ ، كأي فرد عادي ، النيابة العامة عن وقوع جريمة حلف يمين كاذبة ، وأن يقدم للنيابة أدلة الإثبات على كذب اليمين بعد أن يكون قد عثر عليها ، بشرط ألا

= بالإنكار، قال القاضي للمدعى أنك بينة ، فإن قال نعم أمره بإحضارها وأعذر للمدعى عليه فيها كما يأتي . فإن نقاها بأن قال لا بينة لي ، واستحلفه أي طلب المدعى تحليفه ، وحلف ، فلا بينة تقبل للمدعى بعد ذلك ، إلا لعذر كنسيان حين تحليفه خصمه وحلف أنه نسيها ، وأدخلت الكاف عدم علمه بها ثم علم ، كذا إذا ظن أنها لا تشهد له ، أو أنها ماتت ، فله القيام بها إن حلف على ذلك . فلو شرط المدعى عليه على المدعى عدم القيام ببينة يدعى نسيانها أو عدم علمه بها وفي له بشرطه » . (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤ ص ١٤٦) . ولكن جمهور الفقهاء على أن البينة تجوز بعد حلف اليمين ، وقد جاء في البدائع في هذا المعنى : « وأما حكم أدائه فهو انقطاع الخصومة للحال لا مطلقاً ، بل مؤقتاً إلى غاية إحضار البينة عند عامة العلماء . وقال بعضهم حكمه انقطاع الخصومة على الإطلاق ، حتى لو أقام المدعى البينة بعد يمين المدعى عليه قبلت بيئته عند العامة ، وعند بعضهم لا تقبل لأنه لو أقام البينة لا تبقى له ولاية الاستحلاف فكذا إذا استحلف لا يبقى له ولاية إقامة البينة والجامع أن حقه في أحدهما فلا يملك الجمع بينهما . والصحيح قول العامة ، لأن البينة هي الأصل في الحجة لأنها كلام الأجنبي ، فأما اليمين فكأن الحلف عن البينة لأنها كلام الخصم صير إليها للضرورة ، فإذا جاء الأصل انتهى حكم الحلف فكأنه لم يوجد أصلاً » . (البدائع ٦ ص ٢٢٩) .

ويستخلص من ذلك ، كما يقول الأستاذ أحمد إبراهيم ، أن اليمين في الفقه الإسلامي كالإقرار « ليست طريقاً للقضاء ، لأن المنكر إذا حلف وعجز المدعى عن البينة ، يترك المدعى في يده لعدم قدرة المدعى على إثباته ، لا قضاء بيمينه . ولذا لو جاء المدعى بعد ذلك بالبينة يقضى له بها ولو كان ترك المال في يده قضاء له به لم ينقض » . (طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٧) .

(١) وقد قدمنا أن المادة ١٦٦/١٨٧ من تقنين المرافعات القديم كانت أيضاً تنص على أنه : « لا يكون التحليف من باب الاحتياط باليمين الحاسمة ، لأن التكليف بتلك اليمين يفيد ترك ما عداها من أوجه الثبوت للمادة المراد الاستحلاف عليها » .

تكون هذه الأدلة هي البينة أو القرائن إذا كانت قيمة المحلوف عليه تزيد على عشرة جنيهات . والنيابة العامة هي التي ترفع الدعوى الجنائية إذا رأت وجهاً لذلك . أما الخصم الذي وجه اليه فلا يجوز له أن يرفع دعوى الجنحة المباشرة ، بل ولا أن يدخل مدعياً مدنياً في الدعوى الجنائية التي ترفعها النيابة العامة . وحتى إذا صدر الحكم الجنائي بالإدانة في الدعوى التي رفعتها النيابة العامة ، فلم يكن يجوز للخصم الذي وجه اليه أن يستند إلى هذا الحكم ليطن في الحكم المدني الذي صدر ضده بعد الحلف ، أو أن يرفع دعوى جديدة بحقه بعد أن ثبت كذب اليمين التي حلفها خصمه . بل لم يكن له أن يرفع دعوى تعويض مدنية عن هذه اليمين الكاذبة ، بالرغم من أن دعوى التعويض هذه هي غير دعواه الأولى التي خسرها (١) ، وكان ينبغي ألا يصطدم قبول سماعها بحجية الأمر

(١) وقد كان هذا هو الرأي السائد في الفقه والقضاء في عهد التقنين المدني السابق : الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ٢ ص ٤١ — ص ٤٣ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات جزء ٢ فقرة ٥٥٧ — دي هلتس ٤ ص ١٧٨ فقرة ٤٣ — الأستاذ أحمد أمين في شرح قانون العقوبات ص ٥١٥ . وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأن الخصم الذي يوجه إلى خصمه اليمين الحاسمة في دعوى مدنية يعتبر أنه تنازل عن كل حقوقه إذا حلف خصمه اليمين ، سواء أكان كاذباً أم صادقاً ، ولا يجوز حينئذ لمن وجه اليه أن يرفع مباشرة دعوى اليمين الكاذبة على خصمه ، والنيابة التي لها وحدها الحق في رفع الدعوى في هذه الحالة لا يمكنها أن تبدى طلبات البتة في الدعوى المرفوعة مباشرة بغير حق ، وإنما لها فقط أن ترفع دعوى خاصة (١٣ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٦٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا وجه أحد الخصوم اليمين الحاسمة إلى خصمه فحلفها حائثاً فيها ، ثم رفعت النيابة الدعوى العمومية على الحالف ، فليس لمن وجه اليه أن يعيد دعواه المدنية بأي حال من الأحوال ، ولو من طريق المطالبة بتعويض كدع بحق مدني (٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٦) — انظر أيضاً : نقض جنائي ٣ مايو سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ١١٤ ص ١١٥ — استئناف أهلي ٢ مايو سنة ١٩٠٣ الحقوق ٢٨ ص ٢١٢ — أسبوط استئنافي ٢٨ يولييه سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٥٤ — ملوي ٣٠ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١٠٦ الأقصر ٦ مارس سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٩ — ١٦ مارس سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ١١ — قنا الجزئية ٦ يولية سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٣٥ — ٥ يولييه سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ ص ١٥٥ — استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٢١ — ٨ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٥ — انظر أيضاً في الفقه الفرنسي : أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٥٣ — ص ١٥٤ ورده على ديرانتون (وهو يقول برأى عكسي : ديرانتون ١٣ فقرة ٦٠٠) في فقرة ٧٥٣ هامش رقم ٤٥ .

وقد كنا ، في عهد التقنين المدني السابق ، من المعترضين على هذا الرأي ، وكتبنا في الموجز في هذا الصدد ما يأتي : « على أنه من السهل أن يؤخذ على هذا الرأي أنه يخلط بين حق المدعى =

المقضى لاختلاف السبب والمحل ، ولا أن ترد باتفاق موهوم قيل باستخلاصه من توجيه اليمين على أساس أن توجيه اليمين صلح وهو ليس يصلح كما قدمنا ، أو على أساس أنه اتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية والإعفاء الاتفاقى من المسؤولية التقصيرية باطل كما هو معروف .

وقد جاء التقنين المدنى الجديد يسير فى اتجاه آخر ، ويصلح من تطرف هذا رأى . فهو إذا كان يقضى بأنه لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذى وجهت إليه أو ردت عليه ^(١) ، فانه من جهة أخرى ينص صراحة على جواز أن يحصل الخصم الذى وجه اليمين على تعويض إذا ثبت على من حلف اليمين بحكم جنائى أنه حلف كذباً . فيجوز إذن للخصم الذى وجه اليمين أن يبلغ النية العامة أن خصمه حلف اليمين كذباً ، كما كان يستطيع ذلك فى الماضى . ويجوز له فوق ذلك — وهذا مالم يكن يستطيعه فى الماضى — إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائى ، أن يرفع دعوى مدنية مبتدأة بالتعويض أمام المحاكم المدنية بعد صدور الحكم الجنائى . ولكن يبدو من ظاهر النص أنه لا يستطيع ، قبل ثبوت كذب اليمين بحكم جنائى ، أن يدعى مدنياً فى الدعوى الجنائية التى ترفعها النيابة العامة ، ولا يستطيع كذلك من باب أولى أن يرفع دعوى الجفحة المباشرة . وعليه

= الأصل الذى تنازل عنه فلا يجوز أن يعود إلى المطالبة به ، وبين حق المدعى فى التعويض عن جريمة ارتكبها خصمه بحلفه كذباً ، وهذا حق له مصدر مستقل عن مصدر الحق الأصلى ولم يتنازل عنه المدعى حتى يمنع من المطالبة به « (الموجز فقرة ٦٦٥ ص ٦٩٣) . وقال أيضاً فتحى زغلول فى شرح القانون المدنى (ص ٤٢١) : « وعلى ذلك يجوز الطعن على الحالف بأنه حلف كذباً ، فإذا ثبت عليه كذبه ، عوقب ، ولزمه الحق الذى حلف على إنكاره على سبيل التعويض » . وقضى بهذا رأى حكم صدر من محكمة أسىوط الكلية يقرر أنه يجوز لمن وجه اليمين الحاسمة لخصمه أن يثبت كذبها بدخوله مدعياً بحق مدنى فى دعوى اليمين الكاذبة التى تقيمها النيابة العامة على من أداها (٢٨ يونيه سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٨ ص ٨٧) .

(١) « وهذا الحكم — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — ليس إلا نتيجة لازمة لضرورة الترخيص بتوجيه اليمين من القاضى . وليس الإثبات باليمين من طرق الإثبات العادية ، بل هو طريق اضطرارى تملى العدالة وجوب الركون إليه ، ويخول من يعوزه الدليل المقرر وسيلة لإثبات ادعائه . والواقع أن اليمين تنصب على ادعاء الخصم ، وهو إنكار ادعاء من يوجه اليمين ، وذلك بسبب صيغتها الشخصية . ولإثبات كذب اليمين يتعين على من وجهها أن يقيم الدليل بالطرق المقررة على ادعائه ، والمفروض أنها لا تقبل إلا عند انتفاء كل دليل مقرر » ص (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤٥٥٣ — ٤٥٦) .

أن يتربص حتى يصدر حكم جنائي نهائي بكذب اليمين ، ثم يرفع بعد ذلك دعوى التعويض أمام المحاكم المدنية (١) .

ولا يفتح له صدور الحكم الجنائي بكذب اليمين باباً جديداً للطعن في الحكم المدني الذي صدر ضده بعد حلف هذه اليمين . ولكن إذا كشف الحكم الجنائي عن وجه من وجوه التماس إعادة النظر في هذا الحكم المدني ، كأن أثبت أن الخصم الذي حلف اليمين الكاذبة قد وقع منه غش كان من شأنه التأثير في الحكم المدني (م ١٧٤ أولاً مرافعات) ، أو كان سبباً في الحصول على أوراق قاطعة في الدعوى كان الخصم الذي حلف اليمين الكاذبة قد حال دون تقديمها (م ١٧٤ رابعاً مرافعات) ، فإنه يجوز للخصم الذي وجه اليمين أن يلتمس إعادة النظر في الحكم المدني إذا كان ميعاد الالتماس لم ينقض ، بل له كذلك أن يستأنف الحكم المدني إذا كان حكماً ابتدائياً ولم ينقض ميعاد الاستئناف . وهذا ما نصت عليه صراحة العبارة الأخيرة من المادة ١٣٤ من التقنين المدني الجديد ، إذ وهي تجعل للخصم الذي وجه اليمين الحق في أن يطالب بالتعويض ، تجعل له هذا الحق « دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده » (٢) . وهذا الحق في الطعن على الحكم المدني لم يكن موجوداً في عهد التقنين المدني

(١) انظر في هذا المعنى الأستاذ على زكي العرابي في الإجراءات الجنائية جزء أول فقرة ٢٤٣ (وإن كان يورد قضاء صدر في عهد التقنين المدني السابق) — وانظر محكمة الزقازيق ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٤٤ ص ٥٦ . على أن عبارة المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى قد يفهم منها عكس هذا الرأي ، وأنها تؤيد جواز « المطالبة بالتعويض في خلال دعوى جنائية بشأن كذب اليمين » ، وكذلك « جواز ادعاء المضرور مدنياً في حالة اليمين الكاذبة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٦ — وانظر النص الفرنسي للمذكرة الإيضاحية جزء ٢ ص ٧٢٢) . ويمكن القول ، لتوجيه هذا الرأي ، أن النص يجيز للخصم أن يطالب بالتعويض عند ثبوت كذب اليمين بحكم جنائي : فعلى أية صورة تكون المطالبة بالتعويض — دعوى مدنية مستقلة أو ادعاء مدني في خلال دعوى جنائية أو دعوى جنحة مباشرة — تكون للدعوى مقبولة بشرط أن يثبت كذب اليمين بحكم جنائي ، ولا يحكم بالتعويض فيه إلا عند تحقق هذا الثبوت .

(٢) والشق الثاني من المادة ١٣٤ من التقنين المدني — وهو القاضي بأنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالبه بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده — مأخوذ من المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٣١٦ — وانظر أيضاً التقنين المدني البرتغالي م ٢٥٢٧ فقرة ٢) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص هذا الشق الثاني ما يأتي : « أما الشق الثاني فهو نتيجة لطبيعة =

السابق ، وقد استحدثته التقنين المدني الجديد هو والحق في المطالبة بالتعويض بدعوى مبتدأة . لذلك لا تكون لهذه الأحكام المستحدثة أثر رجعي ، ولا تسرى إلا على يمين حاسمة صدر حكم بتوجيهها في تاريخ غير سابق على ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ميعاد نفاذ التقنين المدني الجديد ، فان كان الحكم بتوجيه اليمين قد صدر قبل هذا التاريخ فالتقنين المدني السابق هو الذي يسرى بأحكامه التي تقدم ذكرها .

المطلب الثاني

رد الخصم لليمين الحاسمة على خصمه

٢٩٢ - النصوص القانونية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٤١٠

=اليمين، لأنها ليست تعاقداً أو صلحاً ، بل نظاماً من نظم العدالة . وقد استقر الفقه والقضاء على اعتبار اليمين الحاسمة صلحاً ، وفّرعا على ذلك عدم جواز شل الآثار التي تترتب على توجيهها وأدائها من طرق الادعاء مدنياً والمطالبة بتعويض في خلال دعوى جنائية بشأن كذب اليمين ، أو من طريق الطعن في الحكم بالطرق المقررة لهذا الغرض . ولما كانت اليمين ليست من التعاقد أو الصلح في شيء فيجب عدم إقرار النتائج التي تقدمت الإشارة إليها . ولذلك نص في الشق الثاني ... وهو مطابق للمادة ٣١٦ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، على جواز إدعاء المضرور مدنياً في حالة اليمين الكاذبة دون إخلال بما قد يكون من حق في الطعن في الحكم . ويراعى أن الضرر الحادث من جراء رفض الدعوى ليس سببه توجيه اليمين ، كما ذهب إلى ذلك بعض البارزين من الفقهاء (بارتان على أوبري ورو) ما دام أن من وجه اليمين قد استعمل حقاً أثبتته له القانون . بيد أنه لا يجوز لمن وجه اليمين طبقاً للشق الأول أن يقيم نفسه مدعياً بالحق المدني وأن يطالب بالتعويضات من حلف أو أن يستعمل طرق الطعن في الحكم المدني إذا ثبت كذب اليمين بمقتضى حكم جنائي إلا في حالة ما إذا ثبت كذب اليمين بكشف أوراق أو ضبط مستندات كانت في حيازة المتهم وحده أي في حيازة من أدى اليمين . أما فيما يتعلق بطرق الطعن في الحكم ، فإثبات كذب اليمين التي ثبت بمقتضاها ادعاء من وجهها أوردها ميسور له ما دامت المواعيد المقررة لم تنقض ، فله أن يطعن بالاستئناف أو بطريق الالتماس عند الاقتضاء (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٦) . والظاهر من عبارة المذكرة الإيضاحية أنه لا توجد إلا حالة واحدة يستطيع فيها من وجه اليمين أن يطالب بتعويض وأن يطعن في الوقت ذاته في الحكم المدني ، وتلك الحالة هي حالة كشف أوراق أو ضبط مستندات كانت في حيازة الخصم الذي أدى اليمين كذباً . ولكن هذا يتعارض مع إطلاق النص وعدم تقييده بهذه الحالة وحدها (انظر الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٥٥٨ ص ٢٠) — قارن في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٤٠ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٤ . وانظر بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٢٨ .

من التقنين المدني على ما يأتي :

« ولمن وجهت إليه اليمين أن يردّها على خصمه . على أنه لا يجوز الرد إذا انصبت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان ، بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين^(١) » .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٢٤/٢٨٩^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون الينيات السوري المادة ١١٦ فقرة أولى ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٧٥ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٣٣ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٩٩ فقرة ٢^(٣) .
ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٦٢^(٤) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٤٨٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر به في التقنين المدني الجديد بتحويل لفظي طفيف . وفي لجنة المراجعة أصبح النص مطابقاً لنص التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٤٢٣ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب ، فلجنة الشيوخ تحت رقم ٤١٠ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٣ و ص ٤٤٧ — ص ٤٤٨) .

(٢) كانت المادة ٢٢٤/٢٨٩ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : « يجوز لكل من الخصام أن يكلف الآخر باليمين الحاسمة للنزاع ، وفي هذه الحالة يجوز للمطلوب منه اليمين أن يردّها على الطالب » . ولا فرق في الحكم بين النصين الجديد والقديم .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون الينيات السوري م ١١٦ فقرة أولى : يجوز لمن وجهت إليه اليمين أن يردّها على خصمه . على أنه لا يجوز الرد إذا انصبت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان ، بل يستقل بها شخص من وجهت له اليمين . (والحكم واحد في القانون السوري والتقنين المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٧٥ : مطابقة للنص المصري .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٣٣ : لا يجوز رد اليمين على الخصم إذا كانت الواقعة المستحلف عليها لا تختص بالفريقين ، بل هي شخصية محضة للفريق الذى طلبت منه اليمين . (والحكم واحد في التقنين اللبناني والتقنين المصري) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٣٩٩ فقرة ٢ : مطابقة للنص المصري .

(٤) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٦٢ : لا يجوز رد اليمين إذا كانت الواقعة المستحلف عليها لا تتعلق بالخصمين معاً ، بل كانت لا تتعلق إلا بشخص من وجهت إليه اليمين .

Art. 1362 : Le serment ne peut être référé quand le fait qui en est l'objet n'est point celui des deux parties, mais est purement personnel à celui auquel le serment avait été déféré.

٢٩٣ - متى يجوز رد اليمين : ويتبين من النص المتقدم الذكر أن اليمين يجوز ردها من الخصم متى وجهت إليه ، وذلك إذا لم يرد الحلف . فمن وجهت إليه اليمين يلتزم إذن التزاماً أصلياً بحلفها ، والتزاماً بدلياً بردها على خصمه . ويترتب على أن الالتزام بالرد هو التزام بدلي لا التزام تخييري^(١) أنه إذا وجهت اليمين إلى خصم فأصبح ملتزماً بالحلف أصلاً وبالرد بدلاً ، ثم استحال عليه تنفيذ الالتزام الأصلي وهو الحلف ، بأن مات أو أفلس أو حجر عليه ، فلا يصار إلى الالتزام البدلي وهو رد اليمين ، بل يسقط الالتزامان معاً - الحلف والرد - وتعود الحالة بين من وجه اليمين وورثة من وجهت إليهم إلى ما كانت عليه قبل توجيه اليمين^(٢) . ولو كان الالتزام بالرد التزاماً تخييراً ، واستحال تنفيذ الالتزام الأصلي وهو الحلف ، لوجب تنفيذ الالتزام التخييري ، ولاعتبرت اليمين مردودة على الخصم الذي وجهها^(٣) .

٢٩٤ - شروط رد اليمين : ويشترط في رد اليمين ما يشترط في توجيهها ، إذ رد اليمين كتوجيهها تصرف قانوني بارادة منفردة . فيشترط في الرد إذن كمال أهلية التصرف ، والخلو من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه ، والخلو من التواطؤ والصورية ، وصدور توكيل خاص إذا فوض الخصم غيره في الرد . وقد سبق تفصيل ذلك عند الكلام في توجيه اليمين . ويصبح الرد غير قابل

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٤) خطأ أن الالتزام تخييري .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٥١ .

(٣) الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٤٦٣ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢١٨ هامش رقم ٤ - استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٦ - ويقال أيضاً في تكييف هذا الوضع أن الطالب في عرضه اليمين لا يعتبر أنه تنازل فعسب عن جميع أوجه الإثبات الأخرى التي كان يمكنه أن يدلي بها ، بل تنازل أيضاً عن مدعاه إذا حلف خصمه . وتنازله هذا معلق على شرط . وعلى ذلك إذا مات المطلوب تحليفه قبل الحلف تخلف الشرط ، وعاد حق طالب اليمين إليه ، أى تنظر الدعوى بالحالة التي هي عليها . وما على طالب اليمين إلا أن يقدم أدلة الإثبات الأخرى التي يكون قد تنازل عنها عند توجيهه اليمين (بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٢٣ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٣١ مكررة - الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة جزء ٢ ص ٨) .

للرجوع فيه بمجرد قبول الخصم الذي ردت عليه اليمين أن يحلف ، وذلك كما في توجيه اليمين .

ويشترط أيضاً أن يكون الرد واقعاً على نفس اليمين التي وجهت ، فيجب إذن أن يكون في واقعة قانونية محددة غير مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب وحاسمة في الدعوى . ويشترط ، فوق ذلك ، أن يكون الرد في واقعة يشترك فيها الخصمان ، فلا يجوز في واقعة يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين . فإذا وهب رجل لابنه منزلاً واشترط عليه أن يتزوج في خلال سنة وإلا فسخت الهبة ، ثم رفع دعوى على ابنه بالفسخ ووجه إليه اليمين الحاسمة على أنه تزوج في خلال السنة ، فليس للابن إلا أن يحلف اليمين فيكسب الدعوى ، أو ينكل فيخسر . ولا يجوز له أن يرد اليمين على أبيه ، ويطلب منه أن يحلف هو على أن الابن لم يتزوج في خلال السنة ، وذلك لأن واقعة الزواج هذه واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها الابن وحده ، فلا يجوز رد اليمين فيها على الأب^(١) . وقد قضت إحدى المحاكم بأنه إذا وجه الشفيع اليمين للمشتري في خصوص مقدار ثمن المبيع ، فلا يجوز للمشتري أن يرد اليمين على الشفيع ، لأن هذا أجنبي عن الاتفاق الخاص بالثمن ، فلا يمكنه التأكد من حقيقة مقداره^(٢) .

(١) هذا إلا إذا حلف الأب على مجرد عدم العلم بأن ابنه تزوج . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذه المسألة ما يأتي : « والواقع أن اليمين التي توجه من أحد الخصوم تنصب على ادعاء الخصم الآخر ، ويقضى المنطق بعدم جواز الاستحلاف على صحة واقعة إلا إذا كانت متعلقة بشخص الحالف . فإذا لم يكن الخصمان مشتركين في الواقعة ، بل كانت يستقل بها من وجهت إليه اليمين فحسب ، فلا يجوز لهذا الأخير أن يرد هذه اليمين على خصمه . ذلك أن اليمين تكون غير جائزة القبول في هذه الحالة ، لتعلقها بواقعة ليست خاصة بشخص من يطلب استحلافه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٥) .

(٢) محكمة جرجا في ١٢ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٥٦ ص ٤٤٩ .

وفي الفقه الإسلامى خلاف في جواز رد اليمين : الحنفية لا يجيزون الرد ، والمالكية والشافعية يوجبونه إذا نكل المدعى ، وابن تيمية لا يجيز الرد إلا فيما يقع تحت علم المدعى (طرق القضاء للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٢٦٣ - ص ٢٦٩) . وجاء في البدائع ، في الخلاف ما بين الحنفية والشافعية في هذه المسألة ، ما يأتي : « فإن نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثاً فإن القاضي يقضى عليه عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله لا يقضى بالنكول ولكن يرد اليمين إلى المدعى فيحلف فيأخذ حقه . احتج الشافعي رحمه الله بقول النبي عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، جعل البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه ولم يذكر عليه الصلاة =

٢٩٥ — أثر رد اليمين : ومتى ردت اليمين، أصبحت موجهة إلى من كان قد وجهها أول مرة . فينقلب الموقف ، ويصبح هذا هو الملتزم بالحلف ، ثم لا يجوز له رد اليمين ثانية على من ردها عليه ، وإلا لدنا في حلقة مفرغة وأجزنا الرد إلى ما لا نهاية . فان حلف كسب الدعوى ، وإن لم يحلف عدنا كلا وخسر دعواه . ويجرى في كيفية الحلف وفيما يترتب من الأثر على الحلف والنكول ، في حالة الرد ، مايجرى في حالة توجيه اليمين .

على أن كل هذا مشروط بأن يكون الرد واقعاً على نفس اليمين التي وجهت أولاً كما قدمنا . فاذا عدلت اليمين المردودة ، كان الرد توجيهاً ليمين جديدة يجوز ردها ثانية . مثل ذلك أن يوجه المدعى اليمين إلى المدعى عليه أنه ليس في ذمته الدين المدعى به ، فيرد المدعى عليه اليمين معدلاً ، وبدلاً من أن يطلب من المدعى أن يحلف هو على أن الدين في ذمة المدعى عليه ، يطلب منه الحلف على أنه لم تقع مقاصة بين الدين المدعى به وحق يقابله في ذمة المدعى . فان رد المدعى عليه اليمين معدلة على هذا النحو ، يكون قد اعترف بأن الدين قد قام ابتداء في ذمته ولكنه انقضى بعد ذلك بالمقاصة . ولما كان هو المطالب بتقديم الدليل على وقوع المقاصة ، ولادليل عنده على ذلك ، فهو يوجه يميناً أخرى

= والسلام النكول، فلو كان حجة المدعى لذكره . والمعقول أنه يحتمل أنه نكل لكونه كاذباً في الإنكار فاحترز عن اليمين الكاذبة ، ويحتمل أنه نكل مع كونه صادقاً في الإنكار تورعاً عن اليمين الصادقة ، فلا يكون حجة القضاء مع الشك والاحتمال ، لكن يرد اليمين إلى المدعى ليحلف فيقضى له ، لأنه ترجح جنبه الصدق في دعواه يمينه ولنا أنه ظهر صدق المدعى في دعواه عند نكول المدعى عليه ، فيقضى له كما لو أقام البيئة . ودلالة الوصف أن المانع من ظهور الصدق في خبره إنكار المدعى عليه ، وقد عارضه النكول ... فزال المانع للتعارض ، فظهر صدقه في دعواه . وقوله يحتمل أنه نكل تورعاً عن اليمين الصادقة ، قلنا هذا احتمال نادر ، لأن اليمين الصادقة مشروعة ، فالظاهر أن الإنسان لا يرضى بفوات حقه تحرزاً عن مباشرة أمر مشروع ، ومثل هذا الاحتمال ساقط الاعتبار شرعاً . ألا ترى أن البيئة حجة القضاء بالإجماع وإن كانت محتملة في الجملة ، لأنها خبر من ليس بمعصوم عن الكذب ، لكن لما كان الظاهر هو الصدق سقط اعتبار احتمال الكذب ، كذا هذا . (البدائع ٦ ص ٢٣٠) . وظاهر من هذا النص أن الرد في الفقه الإسلامي لا يكون بناء على طلب من وجهت إليه اليمين ، بل إن هذا ليس أمامه إلا أن يحلف أو ينكل ، فإن نكل وجب على القاضي — عند غير الحنفية — أن يرد اليمين على المدعى .

جديدة إلى المدعى في خصوص وقوعها . ويجوز عندئذ للمدعى أن يرد اليمين الجديدة على المدعى عيله ليحلف أن له حقاً تقع به المقاصة^(١) .

المطلب الثالث

النكول عن اليمين الحاسمة

٢٩٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ٤١٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

« كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يردّها على خصمه ، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها ، خسر دعواه^(٢) . »
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ١١٩ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٨٠ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٣٢ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٣^(٣) .

(١) الموجز للمؤلف ص ٦٩٣ — ص ٦٩٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر به في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٧ في المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٤ ، فجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٨ — ص ٤٥٩) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ١١٩ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

التقنين المدني العراقي م ٤٨٠ : تكاد تكون مطابقة لنص التقنين المصرى ، وهى مطابقة في الحكم .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٣٢ : من كلف حلف اليمين وتمنع عنها أو عن ردها على خصمه ، أو ردت عليه اليمين وتمنع عنها ، كان خاسراً في طلبه أو في دفعه . (والحكم واحد في التقنينين اللبناني والمصرى) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٤٠٣ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٦١ (١) .

٢٩٧ - ممن يقع النكول : ويتبين من نص التقنين المدني المصري أن النكول إما أن يقع ممن وجهت إليه اليمين ابتداء ، فلا يردها على خصمه ولا يحلف فيعتبر ناكلاً . وأما أن يقع ممن ردت عليه اليمين ، وقد رأينا أنه لا يستطيع ردها ، فإذا لم يحلفها اعتبر ناكلاً .

٢٩٨ - كيف يقع النكول : ويقع النكول بعدم الحلف حين يجب الحلف . فالنكول إذن موقف سلبي . وقد نظمه تقنين المرافعات في المادتين ١٧٧ و ١٧٨ (٢) . فميز بين ما إذا كان الحكم بالتحليف قد صدر في حضور الخصم المكلف بالحلف ، أو صدر وهو غائب .

فإن صدر الحكم وهو حاضر - سواء أكان قد نازع في جواز اليمين أو في تعلقها بالدعوى ورفضت المحكمة منازعته أم لم ينازع في ذلك - فإن صيغة اليمين تكون مبينة في منطوق الحكم ، ويجب على الخصم أن يحلفها فوراً أو يردها على خصمه ، فإن سكت عن الحلف والرد اعتبر ناكلاً . ويجوز مع ذلك أن تعين المحكمة في حكمها يوماً معيناً للحلف ، ويعتبر نطقها بالحكم إعلاناً للخصوم على شرط أن يكون ثابتاً بمحضر الجلسة أو الحكم أن المكلف باليمين حاضر شخصياً وقت النطق بالحكم . ويراعى في تحديد جلسة الحلف ميعاد التكليف

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٦١ : من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يرضى بردها على خصمه ، ومن ردت عليه اليمين فنكل عنها ، خسر دعواه أو دفعه .

Art. 1361 : Celui auquel le serment est déféré, qui le refuse ou ne consent pas à le référer à son adversaire, ou l'adversaire à qui il a été référé et qui le refuse, doit succomber dans sa demande ou dans son exception.

(٢) المادة ١٧٧ مرافعات : إذا لم ينازع من وجهت إليه اليمين لا في جوازها ولا في تعلقها بالدعوى ، وجب عليه إن كان حاضراً بنفسه أن يحلفها فوراً أو يردها على خصمه ، وإلا اعتبر ناكلاً . ويجوز للمحكمة أن تعطيه ميعاداً للحلف إذا رأت لذلك وجهاً . فإن لم يكن حاضراً وجب تكليفه على يد محضر بالحضور لحلفها بالصيغة التي أقرتها المحكمة وفي اليوم الذي حددته ، فإن حضر وامتنع دون أن ينازع ، أو تخلف بغير عذر ، اعتبر ناكلاً كذلك .

المادة ١٧٨ مرافعات : إذا نازع من وجهت إليه اليمين في جوازها أو في تعلقها بالدعوى ، ورفضت المحكمة منازعته وحكت بتكليفه ، بينت في منطوق حكمها صيغة اليمين ، ويعلن هذا المنطوق للخصم إن لم يكن حاضراً بنفسه ، ويتبع ما نص عليه في المادة السابقة .

بالحضور ، ما لم يقبل المكلف بالحلف ميعاداً أقصر ويكون قبوله هذا مدوناً بمحضر الجلسة (١) . وحضور الوكيل يغني عن حضور المكلف باليمين ، إذا كان هذا الوكيل ممن يصح إعلان الأصيل في مواجهته (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض — في عهد تقنين المرافعات السابق — بأن المادة ١٧٠ مرافعات (١٧٧ جديد) تنص على أن « من يطلب التعجيل من الأخصام يعلن حكم اليمين لحصمه ، ويكلفه بالحضور لأدائه ، مع مراعاة الأصول والمواعيد المقررة للطلب أمام المحكمة » . وفي مجيء المادة بهذا ما يدل على أن أصل مراد الشارع بالمادة ١٦٩ التي قبلها (١٧٨ جديد) هو أن المحكمة إذ حكمت بتحليف اليمين فهي تقتصر على مجرد الحكم بذلك مع بيان صيغة السؤال المراد التحليف عليه ، ثم تترك لمن يهمه من الأخصام أن يسعى في تنفيذ هذا الحكم بإعلانه لحصمه وتحديد الجلسة لذلك . إما أن تحدد المحكمة من تلقاء نفسها ميعاداً لحلف اليمين أمامها ، أو أن تعتبر نطقها بالحكم إعلاناً للخصوم بالجلسة التي تحددها للحلف ، فهذا خارج عما هو مفهوم من مجموع المادتين ومن نظام الإجراءات التي يريد الشارع بحسب الأصل اتباعه في مسألة اليمين وفي تنفيذ هذا الحكم . على أن ذلك ليس معناه أن المحكمة ممنوعة من أن تحدد من تلقاء نفسها جلسة لحلف اليمين ، أو أن تعتبر النطق بحكمها إعلاناً للخصوم ، وبحيث يمكنها عند عدم حضور من عليه اليمين في الميعاد المحدد أن تعتبره ناكلاً . كلا ، بل إن لها أن تحدد جلسة للحلف ، ولكن على شرط أن تكون بعيدة بعداً يسمح بإعلان حكمها للخصم في محل إقامته الأصلي مع مراعاة مواعيد التكليف بالحضور ومواعيد المسافة ، وأن تتأكد المحكمة في اليوم المحدد للحلف أن الإعلان قد حصل صحيحاً وروعت فيه تلك المواعيد ، كما لها عند تحديد الجلسة أن تعتبر حكمها إعلاناً للخصوم ، وذلك في صورة ما إذا كان ثابتاً بمحضر الجلسة أو بالحكم أن المكلف باليمين حاضر شخصياً وقت النطق به . وفي هذه الحالة تكون الجلسة التي تحددها وتعلنها إليه في حكمها مستوفية لميعاد التكليف بالحضور ، ما لم يقبل المكلف بالحلف في ميعاد أقصر ، ويكون قوله هذا مدوناً بمحضر الجلسة . وإذن فإذا كانت المحكمة قد حكمت بالتحليف ، وحددت لذلك جلسة لميعاد أقصر من الميعاد القانوني المعتاد ، ثم هي من جهة أخرى اعتبرت النطق بالحكم إعلاناً للخصوم ، ولم يثبت بمحضر الجلسة ولا بالحكم أن المكلف باليمين كان حاضراً ولا أنه قبل تقصير الميعاد ، فقضاؤها بعد في موضوع الدعوى على اعتبار أن الطاعن ممتنع عن اليمين وناكل عنه لمجرد عدم حضوره في اليوم التالي هو قضاء مؤسس على إجراء مخالف للقانون ، ويتعين نقضه (نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢٣ ص ٦٢٢) .

انظر أيضاً : استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٤٧ — ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦١ (انتداب قاض التحليف اليمين لا يكون إلا عند وجود عذر دائم ، وللقاضى المنتدب سلطات المحكمة المنتدبة في كل ما يتعلق بتحليف اليمين) — ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٨ (تحليف الوصية على واقعة شخصية) — ٢١ فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٢٥ (إعلان صيغة اليمين) — ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٩٢ (طلب تعديل صيغة اليمين لا يعتبر نكولاً) .

(٢) الأستاذ أحمد نشأت في الاثبات ٢ فقرة ٥٦٥ .

وإن صدر الحكم بالتحليف في غيبة المكلف بالحلف ، وجب تكليفه بالحضور على يد محضر لحلف اليمين بالصيغة التي أقرتها المحكمة وفي اليوم الذي حددته . فإن حضر وامتنع عن الحلف والرد دون أن ينازع ، اعتبر ناكلاً . وإن تغيب ، تنظر المحكمة في سبب غيابه ، فإن اعتبرته عذراً شرعياً جازها أن تحدد جلسة أخرى لحلف اليمين ، والا اعتبرته غيابه دون عذر شرعي نكولاً (١) .

٢٩٩ - أثر النكول : والنكول يكون بمثابة إقرار ، كما قدمنا ، وتكليفه هو تكليف الإقرار . فإذا نكل الخصم على الوجه المتقدم ذكره ، لم يجز له بعد ذلك أن يطلب السماح له بالحلف من جديد ، بل يحكم عليه عقب نكوله . فإن كان من نكل هو من وجهت إليه اليمين ، كسب من وجه اليمين دعواه . وإن كانت اليمين قد ردت على الخصم الذي وجهها ونكل هذا ، خسر دعواه . فالدعوى التي يحلف عليها يكسبها المدعى بنكول خصمه ، ويخسرها برد اليمين عليه ونكوله (٢) .

ويكون الحكم على من نكل مانعاً للمحكوم عليه بعد ذلك أن يثبت صحة الواقعة التي نكل فيها عن الحلف (٣) و (٤) .

(١) فإذا صدر على الخصم حكم غيابي بالنكول ، جاز له أن يعارض فيه ، وأن يبدى في المعارضة العذر الشرعي الذي منعه من الحضور . فإن قبلت المحكمة العذر ، ألغت الحكم المعارض فيه ، وحلفت المعارض .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٨ - ص ٥٩) .

(٣) استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢١ - وقد ينكل الخصم في بعض الوقائع المطلوب تحليفه عليها ويحلف على بعض ، فأنكل عنه يكون قد اعترف به ، وما حلف عليه ينحسم النزاع فيه (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٧٢) — ويعتبر نكولاً تأخير الخصم المكلف بالحلف أداء اليمين من يوم إلى يوم بتأجيلات متعاقبة حتى تشطب الدعوى ، ثم يأتى بعد ثمانى سنوات يعرض أن يؤدى اليمين (استئناف مختلط ٤ يونية سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٣٠) . والخصم الذى امتنع فى محكمة أول درجة عن حلف اليمين الحاسمة للنزاع ، مع عدم المعارضة فى تعلق الواقعة المقصود الاستحلاف عليها بأصل الدعوى ، ولا فى جواز قبولها ، ولم يردّها على خصمه ، لا يقبل منه فى محكمة الاستئناف العدول عن ذلك الامتناع (قنا استئنافى ٤ فبراير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٩٢) .

المطلب الرابع

حجية اليمين الحاسمة

٣٠٠ - **هبة اليمين الحاسمة من حيث الحلف : اليمين الحاسمة ،**

كالإقرار ، حجيتها قاصرة ، كما قدمنا ، سواء في ذلك عند الحلف أو عند النكول .

أما من حيث الحلف ، فمن وجه اليمين واحتكم بذلك الى ذمة خصمه ، كان أثر هذا الاحتكام قاصراً عليه هو وورثته بصفتهم خلفاً عاماً له .

= هذا وقد ينكل الخصم عن الحلف ، ولكنه يضيف إلى هذا النكول واقعة من شأنها أن تعطل من أثر هذا النكول . مثل ذلك أن يوجه الخصم إلى خصمه اليمين أنه ما اقترض منه المبلغ المدعى به ، فينكل من وجهت إليه اليمين ، ولكنه يضيف أن دين القرض هذا قد انقضى بالتجديد . فهنا يعتبر النكول إقراراً بواقعة القرض ، ولكنه إقرار مركب ، إذ أضيفت إليه واقعة أخرى لاصقة هي واقعة التجديد . ويكون حكم النكول في هذه الحالة هو حكم الإقرار المركب ، وهو هنا إقرار غير قابل للتجزئة كما رأينا فيما قدمناه عن عدم تجزئة الإقرار . ويترتب على ذلك أن الخصم الذي وجه اليمين إما أن يطرح النكول بشقيه ويقوم بإثبات القرض بطريق آخر غير اليمين ، فعلى خصمه عندئذ يقع عبء إثبات وقوع التجديد ، وإما أن يستبقى الشق الأول من النكول وهو الإقرار بالقرض على أن يثبت هو عدم وقوع التجديد (انظر في هذه المسألة بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٢٦ ص ٤٢٤) .

(٤) اعتبر أبو حنيفة النكول بذلاً - أي تركاً للمنازعة - وعند الصاحبين النكول إقرار . جاء في تكملة فتح القدير : « لها - أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله - أن النكول إقرار ، لأنه يدل على كونه كاذباً في الإنكار ... إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه ، وفيها تحصيل الثواب بإجراء اسم الله تعالى على لسانه تعظيماً له ، ودفع تهمة الكذب عن نفسه ، وإبقاء ماله على ملكه . فلولاً هو كاذب في يمينه لمسا ترك هذه الفوائد الثلاث ، كذا في العناية وغيرها . فكان - أي النكول - إقراراً أو بذلاً عنه ، بفتح الدال ، أي خلفاً عن الإقرار ، يعني أنه قائم مقام الإقرار ... ولأبي حنيفة أنه - أي النكول - بذل . وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والإعراض عنها ، لا الهبة والتمليك ... وأما العلة المرجحة لكونه بذلاً على كونه إقراراً ... لو حملناه على الإقرار لكذبناه في إنكاره السابق ، ولو جعلناه بذلاً لقطعنا الحصومة بلا تكذيب ، فكان هذا أولى ، صيانة للمسلم عن أن يظن به الكذب ... وقيل عليه إن الحكم واجب على الحاكم بالنكول ، والبذل لا يجب به الحكم عليه ، فلم يكن النكول بذلاً . وأجيب عنه بأن الحكم لا يجب بالبذل الصريح ، وأما ما كان بذلاً بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم أنه لا يجب به ، بل هو موجب له قطعاً للمنازعة » . (تكملة فتح القدير ٦ ص ١٦٣ - ص ١٦٥) .

ولا يتعدى هذا الأثر الى غير الخصم وورثته . فلا يتعدى الى الشريك أو الورثة فيما بينهم أو المدين المتضامن . فلو وجه أحد الشركاء في الشيوع اليمين الى مدعى استحقاق الملك الشائع ، وحلف هذا ، كانت اليمين حجة على الشريك الذي وجه اليمين دون غيره من الشركاء . ولو وجه أحد الورثة اليمين الى دائن التركة وحلف ، كانت اليمين حجة على الوارث الذي وجه اليمين دون غيره من الورثة . ولو وجه أحد المدينين المتضامنين اليمين الى الدائن وحلف ، كانت اليمين حجة على المدين الذي وجه اليمين دون غيره من المدينين (م ٢٩٥ فقرة ٢ مدني) .

وإذا ادعى شخص ديناً على آخر ، فوجه المدعى عليه اليمين الى المدعى فحلف ، كانت اليمين حجة على من وجهها ، ولا تكون حجة على دائنيه إذا طعنوا في اليمين بالتواطؤ . وإذا تنازع شخصان على عقار ، وباع أحدهما هذا العقار ، ثم وجه اليمين للمتنازع معه فحلف ، كانت اليمين حجة على من وجهها دون المشتري منه . أما إذا كان حلف اليمين قبل البيع ، كانت اليمين حجة على المشتري (١) .

٣٠١ - ممية اليمين الخامسة من حيث النكول : وأما من حيث

النكول فحجية اليمين قاصرة قصورها من حيث الحلف . فمن نكل من الشركاء في الشيوع ، كان نكوله حجة عليه دون سائر الشركاء . ومن نكل من الورثة ، كان نكوله حجة عليه دون سائر الورثة . ومن نكل من المدينين المتضامنين ، كان نكوله حجة عليه دون سائر المدينين (م ٢٩٥ فقرة ٢ مدني) .

٣٠٢ - تعارض قصور ممية اليمين مع قواعد أخرى : ولكن قد

تعارض القاعدة التي تقضي بقصور حجية اليمين مع قواعد أخرى ، فتتعدى

(١) الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ٢ ص ٤٤ - ص ٤٥ - ويستطيع الخصم أن يوجه اليمين إلى خصمه حتى لو انتقل الحق المدعى به من هذا الأخير إلى خلف له ، وبذلك يتيسر توجيه اليمين في واقعة شخصية لمن توجه إليه ، وإذا نكل هذا ، وكان نكوله بعد انتقال الحق إلى الخلف ، لم يسر النكول في حق الخلف (أنسيكلو پيدى دالوز في القانون المدني ٤ Preuve فقرة ١١٢٥) .

عند ذلك حجية اليمين . من ذلك أثر القاعدة التي تقضى بأن عمل أحد المدينين المتضامنين يفيد الباقيين . وقد قضت الفقرة الثالثة من المادة ٢٩٥ مدني بأنه « إذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين الى أحد المدينين المتضامنين فحلف ، فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك » . فهنا تعدت حجية اليمين إلى سائر المدينين المتضامنين (١) . ومن ذلك القاعدة التي تقضى بارتباط التزام الكفيل بالتزام الأصل . فاليمين التي توجه الى المدين الأصلي فيحلفها تبرئ ذمة الكفيل ، وكذلك اليمين التي توجه إلى الكفيل في أصل الدين لا في الكفالة فيحلفها تبرئ ذمة الأصل (٢) .

(١) أما القاعدة التي تقضى بأنه لا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتي عملاً من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين (م ٢٨٢ فقرة ٢ مدني) فتتمشى مع قصور حجية اليمين ولا تعطلها فيما إذا وجه أحد الدائنين المتضامنين اليمين إلى المدين فحلفها ، فإن ذمة المدين لا تبرأ إلا بالنسبة إلى الدائن الذي وجه اليمين دون غيره من الدائنين . وبذلك تكون حجية اليمين قاصرة على هذا الدائن وحده .

(٢) وقد نصت المادة ١٣٦٥ من التقنين المدني الفرنسي ، تطبيقاً لهذه القواعد ، على ما يأتي : « اليمين لا تكون إلا حجة لمن وجهها أو حجة عليه ، هو وورثته وخلفائه . ومع ذلك إذا وجه أحد الدائنين المتضامنين اليمين إلى المدين ، لم تبرئ اليمين ذمة المدين إلا بمقدار حصة هذا الدائن . واليمين الموجهة إلى المدين الأصلي تبرئ ذمة الكفيل . واليمين الموجهة إلى أحد المدينين المتضامنين تفيد الباقيين . واليمين الموجهة إلى الكفيل تفيد المدين الأصلي . وفي الحالتين الأخيرتين لا تفيد اليمين الموجهة إلى المدين المتضامن أو إلى الكفيل سائر المدينين المتضامنين أو المدين الأصلي إلا إذا انصبت على أصل الدين لا على واقعة التضامن أو الكفالة » (قارن كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٨١٨ فيما يتعلق باليمين الموجهة إلى الكفيل) . ونصت المادة ٢٣٦ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني على « أن حلف اليمين لا يصلح حجة إلا تجاه طالب التحليف وورثته وخلفائه في الحقوق إما لهم وإما عليهم » . وهذا هو الأصل الفرنسي لنص المادة ١٣٦٥ :

Le serment fait ne forme preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré ou contre lui, et au profit de ses héritiers et ayants cause ou contre eux. Néanmoins le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier. Le serment déféré au débiteur principal libère également les cautions. Celui déféré à l'un des débiteurs solidaires profite aux codébiteurs. Et celui déféré à la caution profite au débiteur principal. Dans ces deux derniers cas, le serment du codébiteur solidaire ou de la caution ne profite aux autres codébiteurs ou au débiteur principal que lorsqu'il a été déféré sur la dette, et non sur le fait de la solidarité ou du cautionnement.

الفرع الثاني

اليمين المتممة

٣٠٣ — ماهي اليمين المتممة : اليمين المتممة هي يمين بوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأي من الخصمين ، عندما يرى أن هذا الخصم قدم دليلاً غير كاف على دعواه ، ليتمم الدليل باليمين . وقد جعل القانون للقاضي هنا — على خلاف العادة — دوراً إيجابياً في الإثبات (١) . فأباح له ، إذا لم يقدم أي من الخصمين دليلاً كافياً على ما يدعيه ، أن يختار منهما من يرجع عنده صدق قوله ، فيوجه إليه يميناً يتم بها أدلته غير الكافية . ومن ثم سميت اليمين باليمين المتممة (serment supplétif, supplétoire).

ونذكر منذ البداية أن اليمين المتممة تختلف اختلافاً جوهرياً عن اليمين

(١) ويذهب الفقهاء أوبري ورو إلى أنه كان الأولى بوضعي التقنين المدني الفرنسي عدم الاحتفاظ باليمين المتممة ، ويقولان في هذا الصدد ما يأتي : « قد يكون من الخطأ أن واضعي التقنين المدني استبقوا اليمين المتممة . فإن فيها عيباً خطيراً ، إذ هي تجعل للقاضي سلطة في أن ينقل من تلقاء نفسه ، وبإرادته وحده ، البت في الدعوى من منطقة القانون إلى منطقة الضمير (conscience) » . (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ هامش رقم ١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في صدد الدفاع عن استبقاء اليمين المتممة ، ما يأتي : « نص التقنين الفرنسي (م ١٣٦٦) على اليمين المتممة ، وتبعه في ذلك التقنين الإيطالي (م ١٣٧٤) والتقنين الهولندي (م ١٩٧٧) والتقنين المصري (م ٢٢٣/٢٨٨) والتقنين البرتغالي (م ٢٥٣٣) . ثم أبقى واضعو المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٣١٩) على هذه اليمين رغم ما وجه إليها من نقد — وقد أشار بعض الفقهاء بوجود حذف اليمين المتممة لأن المروءة متى توافرت ، فلا حاجة لليمين لصد الخصم عن المطالبة بغير المستحق ، وهي إذا انتفت لم يستشعر الخصم حرجاً من الحنث فيها . ثم إن القاضي لا يحتاج إلى اليمين لتمكين الإطمئنان من نفسه ، لأن من يخفق في إثبات دعواه يبوء بالخسارة ، ولا يستشعر القاضي حرجاً في القضاء لخصمه عليه ، لأنه ينزل في ذلك على حكم القانون — بيد أن هذا النظر يغفل خصائص اليمين بوصفها طريقاً للإثبات وطبيعة هذه اليمين والغاية منها . لأن اليمين طريق اضطرارية ، فن المعقول أن يمكن القاضي من الالتجاء إليها في ظل الضمانات التي يقررها القانون ، أي حيث لا يكون الطلب أو الدفع مجرداً من كل دليل وحيث يكون هذا الدليل غير كاف في ذاته . ويراعى أن اليمين نظام تقتضيه العدالة ، فهي والحال هذه عامل يعين على سير العدالة ، فضلاً عن =

الحاسمة ، في أن اليمين الأولى يوجهها القاضى لا الخصم ، ولا يوجهها إذا كانت الدعوى خالية من أى دليل ، ولا يتحتم عليه أن يأخذ بما تؤدى إليه من حلف أو نكول فقد يرفض طلب من حلف ويجيب طلب من نكل . ثم إن مهمة اليمين المتممة غير مهمة اليمين الحاسمة ، فاليمين المتممة إنما توجه لاستكمال أدلة ناقصة ، أما اليمين الحاسمة فتقوم وحدها دليلاً يستبعد أى دليل آخر (١) . وسنعود إلى هذه الفروق بعد أن نفصل أحكام اليمين المتممة .

٣٠٤ — تكليف اليمين المتممة : وهناك فرق جوهري آخر بين اليمين المتممة واليمين الحاسمة . فقد رأينا فيما قدمناه أن توجيه اليمين الحاسمة من الخصم إلى خصمه هو تصرف قانونى بارادة منفردة . أما توجيه اليمين المتممة من القاضى فهو ليس الا واقعة مادية ، يلجأ إليها القاضى لاستكمال الأدلة . فتمحض اليمين المتممة اذن طريقاً من طرق الإثبات ذات القوة المحدودة وذات الأثر التكميلي ، ولا تنطوى على أى تصرف قانونى .

ونتكلم فى اليمين المتممة ، كما فعلنا فى اليمين الحاسمة ، فى توجيه اليمين وفى الآثار التى تترتب على توجيهها . ونعقب ذلك بالكلام فى صور خاصة لليمين المتممة : يمين الاستيثاق ويمين الاستظهار ويمين التقويم .

== أن القانون يترك للقاضى حرية التقدير بشأن ضرورة توجيهها وتعيين من توجه إليه من الخصوم . وغنى عن البيان أن هذا التقدير ينبغى أن يناط بوجه خاص بما يتوافر فى الخصم من بواعث الثقة ، ولهذا لم ير وجه للتنويه بعدم جواز توجيه اليمين المتممة إذا كان من توجه إليه غير أهل لأى ثقة كما يفهم ذلك من عبارة المادة ٢٥٣٣ ٢٥٣٣ ٢٥٣٣ من التقنين البرتغالى . ويلاحظ أن اليمين شرعت لعلاج مساوئ نظام تقييد الدليل ونظام حيدة القاضى أزاء دعاوى الخصوم ، فيجب والحال هذه أن تؤدى وظيفتها كاملة . هذا ويلاحظ من الناحية العملية أن القاضى لا يلجأ إلى اليمين المتممة إلا فى كثير من الحيلة والاعتدال ، بعد تقدير جدوى هذه اليمين تقديراً يعتد فيه بشخصية الخصم . إزاء كل أولئك رؤى الإبقاء على اليمين المتممة فى نصوص المشروع . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٠ - ص ٤٦١) .

ولعل خير دفاع عن اليمين المتممة هى أنها وسيلة للتخفيف من حدة التنظيم القانونى للإثبات ، فهى توسع أمام القاضى مبرونها ما ضاق بسبب جمود هذا التنظيم .

(١) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٨ - أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٧

١٥ - توجيه اليمين المتممة

٣٠٥ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٤١٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - للقاضي أن يوجه اليمين من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين ليمنى على ذلك حكمه فى موضوع الدعوى أو فى قيمة ما يحكم به » .

« ٢ - ويشترط فى توجيه هذه اليمين ألا يكون فى الدعوى دليل كامل ، وألا تكون الدعوى خالية من أى دليل ^(١) » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدني السابق المادة ٢٢٣/٢٨٨ ^(٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البيئات السورى المادة ١٢١ ، وفى التقنين المدني العراقى المادة ٤٨٢ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المادتين ٢٣٧ و ٢٣٨ ، وفى التقنين المدني الليبى المادة ٤٠٤ ^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٥٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٤٢٨ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٤١٥ ، فجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٠ و ص ٤٦٢ - ص ٤٦٣) .

(٢) وكانت المادة ٢٢٣/٢٨٨ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتى : « إذا تبين أن الأوراق المقدمة للإثبات غير كافية له ، فللقاضي أن يكلف الدائن باليمين لتأييد دينه ، أو يكلف المدين بها لإثبات براءة ذمته من الدين » . ونص التقنين المدني الجديد أدق من حيث إنه لا يشترط ، لتوجيه اليمين المتممة ، وجود أوراق للإثبات غير كافية . فقد تكون الدعوى تجارية أو لا تزيد على نصاب البيئة ، فيكون فى هذه الحالة أن يقدم الخصم بيئة أو قرائن - لا أوراقاً - تستكمل بعد ذلك باليمين المتممة . ومهما يكن من أمر ، فالحكم واحد فى التقنينين الجديد والقديم ، رغماً عن الخلاف فى النص .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البيئات السورى م ١٢١ : مطابقة تقريباً لنص التقنين المصرى ومتفقة معه فى الحكم .

التقنين المدني العراقى م ٤٨٢ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢٣٧ : يحق للقاضي أن يكلف أحد الفريقين حلف اليمين ، اما لجعل الحكم موقوفاً عليها ، واما لتعيين المبلغ الذى سيحكم به — م ٢٣٨ : لا يجوز للقاضي أن يطلب من تلقاء نفسه تحليف اليمين على الطلب ولا على الدفع الذى يقابله إلا إذا توافر =

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادتين ١٣٦٦ و ١٣٦٧^(١) .
ونبحث هنا أيضاً ، كما بحثنا في اليمين الحاسمة ، المسائل الآتية :
(١) من يوجه اليمين المتممة (٢) لمن توجه (٣) متى توجه (٤) موضوعها
(٥) جواز الرجوع فيها .

٣٠٦ - من يوجه اليمين المتممة : يوجهها القاضي من تلقاء نفسه ،
لا الخصم . ولا ينقيد القاضي في ذلك بطلب الخصوم ، فلو طلبها خصم فللقاضي
أن يقدر هذا الطلب ، فيوجهها أو لا يوجهها . وله أن يوجهها ، كما قدمنا ، حتى
لو لم يطلب الخصم توجيهها^(٢) .

٣٠٧ - لمن توجه اليمين المتممة : وتوجه لأي من الخصمين بحسب
تقدير القاضي . فان رأى القاضي أن أحد الخصمين - المدعى أو المدعى عليه -
قدم أدلة على ادعائه في الدعوى أو في الدفع^(٣) أرجح من أدلة الخصم الآخر
وإن كانت في ذاتها غير كافية ، ورأى إلى جانب ذلك أن هذا الخصم ذا الدليل

= الشرطان الآتيان : (أولاً) يجب ألا يكون الطلب أو الدفع ثابتين كل الثبوت . (ثانياً) يجب
ألا يكونا مجردين تماماً عن الإثبات . وفيما عدا هاتين الحالتين يجب على القاضي أن يكتفى بقبول
الطلب أو برده . (والحكم واحد في التقنينين اللبناني والمصري) .

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٦٦ : يجوز للقاضي أن يوجه اليمين لأي من الخصمين ،
إما ليجعل الحكم في القضية موقوفاً عليها ، وإما ليمين المبلغ الذي يحكم به - م ١٣٦٧ : لا يجوز
للقاضي أن يوجه اليمين من تلقاء نفسه ، سواء في الدعوى أو في الدفع المقابل لها ، إلا بالشرطين
الآتيين : (أولاً) يجب ألا يكون هناك دليل كامل على الدعوى أو الدفع . (ثانياً) يجب ألا
يكونا خاليين من أي دليل - وفيما عدا هاتين الحالتين يجب على القاضي أن يكتفى بقبول
الدعوى أو برفضها .

Art. 1366. Le juge peut déférer à l'une des parties le serment, ou pour en faire dépendre la décision de la cause, ou seulement pour déterminer le montant de la condamnation. Art. 1367. Le juge ne peut déférer d'office le serment, soit sur la demande soit sur l'exception qui y est opposée, que sous les deux conditions suivantes : il faut, 1° Que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée ; 2° Qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves. Hors ces deux cas, le juge doit ou adjuger ou rejeter purement et simplement la demande.

(٢) استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢٠ .

(٣) استئناف مختلط ٢٢ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٣ .

الراجع أولى بالثقة فيه والاطمئنان إليه ، وجه إليه هو ، دون الخصم الآخر ،
اليمين المتممة ليستكمل أدلته بها . وإن رأى الخصمين متكافئين في كل ما تقدم ،
فالظاهر أنه يوجه اليمين المتممة إلى المطلوب من الخصمين لا الطالب ، لأن
الأصل براءة الذمة (١) . على أن القاضى فى كل هذا إنما يسير بحسب اقتناعه
ويعتقد ما يطمئن إلى أى من الخصمين ، دون أن يتقيد بقاعدة معينة ، فمن
من الخصمين رآه أجدر بالثقة حلفه اليمين (٢) .

ولا تشترط أهلية خاصة فى الخصم الذى توجه إليه اليمين . بل تكفى فيه
أهلية التقاضى ، لأن اليمين المتممة ليست تصرفاً قانونياً ، بل هى وسيلة من
وسائل التحقيق والإثبات كما قدمنا . وسنرى أنه لا يصح التوكيل فى حلف
اليمين المتممة .

ولا يجوز توجيه اليمين المتممة إلى غير خصم أصلى فى الدعوى . فلا توجه
إلى الدائن الذى رفع الدعوى باسم مدينه ، بل توجه إلى هذا المدين بعد إدخاله
فى الدعوى (٣) .

٣٠٨ - متى توجه اليمين المتممة : توجه فى أية حالة كانت عليها

الدعوى ، إلى أن يصدر حكم نهائى حائز لقوة الشئ المقضى . ويجوز توجيهها
بعد إقفال باب المرافعة ، فيعيد القاضى القضية إلى المرافعة إذا رأى محلاً لذلك .
كما يجوز توجيهها لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ، فى أية حالة كانت عليها
الدعوى على الوجه المتقدم الذكر .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن القاضى بالخيار فى توجيه اليمين المتممة لأحد الخصمين
الذى يرى كفته أرجح فى الأدلة ، وإذا تساوت الأدلة ، على الأقل فى نظره ، فلا مانع من أن
يوجهها للمدعى عليه ، لأن الأصل فيه عدم تعهده (٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ٤٦٠
ص ١٠٢٦ - انظر مع ذلك أوبرى ورو ١٢ ص ٣٩٠ - وانظر فى هذا المعنى : ديمولومب ٣٠
فقرة ٧٠٩ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٧٢ . ولا يجوز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة لكلا
الخصمين ، على أن ينظر فيما بعد لمن يحكم له منهما ، حلفاً أو نكلاً أو حلف أحدهما ونكل
الآخر : أنسيكلوبيدى دالوز فى القانون المدنى ٤ لفظ Preuve فقرة ١٢٢٤) .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ هامش رقم ١٠ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٣
ص ١٠٥٧ - ص ١٠٥٨ - الموجز للمؤلف ص ٦٩٥ .

(٣) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ هامش رقم ٨ .

ولكنها لا توجه إلى خصم إلا لاستكمال أدلته . فيجب إذن — كما يقول النص — ألا يكون في الدعوى دليل كامل ، وألا تكون الدعوى خالية من أى دليل . أى يجب أن يكون في الدعوى مبدأ ثبوت (commencement de preuve) بالكتابة أو بغير الكتابة على حسب الأحوال^(١) . ذلك أنه إذا كان في الدعوى دليل كامل ، لم تصبح هناك حاجة لليمين المتممة ، وقضى لمصلحة صاحب هذا الدليل^(٢) . وإذا كانت الدعوى خالية من أى دليل ، لم يصح توجيه اليمين المتممة لأى من الخصمين ، لأن هذه اليمين لا توجه إلا لاستكمال أدلة ناقصة ، فلا تحمل مكان أدلة غير موجودة كما هو شأن اليمين الحاسمة ، وإنما يقضى في هذه الحالة على الخصم الذى خلت دعواه من أى دليل .

والدليل الناقص الذى تكمله اليمين المتممة يختلف باختلاف ما إذا كان الادعاء يجوز إثباته بالبينة والقرائن أو لا بد من الكتابة في إثباته . فإذا كان الإثبات جائزاً بالبينة والقرائن ، فالدليل الناقص يصح أن يكون بينة أو قرائن ليست كافية لإقناع القاضى فيستكملها باليمين المتممة ، ويكون ذلك في ادعاء لا يتجاوز قيمته عشرة جنيهات وكذلك في جميع المواد التجارية^(٣) . أما إذا كان

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن شرط توجيه اليمين المتممة هو أن يكون لدى كل من الطرفين مبدأ ثبوت لا يرقى إلى مرتبة الدليل الكامل ، فإذا ما وجهت المحكمة اليمين إلى أحد الخصمين وحلفها ، وقدرت من ذلك أن الدليل الكامل قد توافر على صحة ما يدعيه ، فليس في ذلك ما يناقض ما سبق أن قرره في حكمها الصادر بتوجيه اليمين من أن كلا من الطرفين يستند في دعواه إلى دليل له قيمته (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٣ ص ٦٢٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اليمين المتممة لا يجوز توجيهها إذا كانت الدعوى خالية من أى دليل (٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٦) . وقضت أيضاً بأنه لا يجوز توجيه اليمين المتممة إذا كان هناك دليل كامل أو لم يكن هناك أى دليل (٢٢ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٣) .

(٢) على أنه إذا وجه القاضى إليه اليمين المتممة بالرغم من تقديمه دليلاً كاملاً ، فحلفها ، لم يكن هذا موجباً لبطان الحكم (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٢ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٣١) — وإن نكل عنها ، فالقاضى يقضى بالرغم من ذلك لمصلحته إذ قدم دليلاً كاملاً على صحة ادعائه . فان قضى ضده بسبب النكول ، كان هذا خطأ في القانون يخضع لرقابة محكمة النقض .

(٣) وقد رأينا أن نص التقنين المدنى السابق (م ٢٢٣/٢٨٨) معيب من هذه الناحية ، =

الإثبات بالكتابة واجبا ، فالدليل الناقص يجب أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، لا مجرد بيينة أو قرائن ، إلا في الحالات التي تجوز فيها البيينة والقرائن بدلا من الكتابة لمسوغ قانوني ، كما إذا كان هناك مانع من الحصول على الكتابة أو فقدت الكتابة بسبب أجنبي بعد الحصول عليها (١و٢) .

= فهو يشترط لتوجيه اليمين المتممة أن تكون في الدعوى أوراق مكتوبة. ولم يأخذ القضاء بظاهر النص ، بل مال إلى عدم اشتراط أن يكون مبدأ الثبوت حاصلا بالكتابة في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالبيينة والقرائن . فقضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يشترط أن يكون مبدأ الثبوت حاصلا بالكتابة (١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٣٠ رقم ١٥٥ ص ١٦٢) . وذكرت في حكم آخر بأن القضاء اختلف في توجيه اليمين المتممة في الأحوال التي تثبت بشهادة الشهود اعتماداً على أن المادة ٢٢٣ مدني تنص على أنه إذا تبين أن الأوراق المقدمة للإثبات غير كافية ... والراجع أنه يجوز توجيهها حتى في الحالات التي تثبت بشهادة الشهود بصفة عامة وفي المسائل التجارية وهي منها . . . والقاضي بالخيار يوجهها في طلب أصلي في الدعوى أو دفع متفرع عنها لأحد الخصمين الذي يرى كفته أرجح في الأدلة ، وإذا تساوت على الأقل في نظره فلا مانع من أن يوجهها للمدعى عليه لأن الأصل فيه عدم تعهده — وعلى كل فالقاضي له أن يعدل بعد توجيهها إذا وجد ما يغنيه عن ذلك ، بل له ألا يأخذ بها بعد تأديتها ، وإذا رفضها من وجهت له فليس من المحتم أن يحكم عليه (٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ٤٦٠ ص ١٠٢٦) .

(١) استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٩٢ - ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٤٩ - ٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦٤ - ١٤ أبريل سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٧٠ - ١٧ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٢٢ - ٦ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٦٣ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٦ .
وانظر : أوبري ورو ١٢٧ فقرة ٧٦٧ ص ٣٨٨ - ص ٣٨٩ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٢ ص ١٠٥٦ - ص ١٠٥٧ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٢٩٣ ص ٧٢٣ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « وقد عرضت هذه الفقرة لشروط جواز قبول اليمين المتممة وحجيتها . فهي تختلف عن اليمين الحاسمة في أنها لا تكون جائزة القبول إلا حيث لا يكون الدليل كاملا وحيث لا تكون الدعوى خالية من كل دليل . فإعمال هذه اليمين يفترض أن الادعاء قريب الاحتمال ، فينبغي أن يكون ثمة مبدأ ثبوت ، لا يكفي بمجرد لتكوين دليل كامل ، وإن انطوى فيه معنى تعزيز هذا الاحتمال . فإذا توافر في الدعوى دليل كامل انتفت جدوى اليمين المتممة وامتنع قبولها ، لأن القاضي يلزم بالتقيد بهذا الدليل والقضاء للمدعى على أساسه . وينبغي كذلك ألا تكون الدعوى خالية من كل دليل ، لأنها تكون في هذه الحالة غير قريبة الاحتمال لأن توافر مبدأ الثبوت القانوني هو الذي أسبغ عليها هذا الوصف - ويعتبر مبدأ ثبوت في رأى الفقه والقضاء : (١) الإقرار الجزئي . (ب) والبيينة والقرائن إذا كانت القيمة أقل من عشرة جنيهات ، لأن هذه أو تلك قد تعتبر غير كافية في ذاتها =

٣٠٩ - موضوع اليمين المتممة : ولما كانت اليمين المتممة هي لتكملة دليل ناقص ، فالواقعة التي يحلف عليها الخصم هي تلك التي تكمل دليله ليثبت ادعاؤه ، دعوى كان أو دفعاً . فهي إذن لا بد أن تكون واقعة غير مخالفة للقانون ولا للنظام العام ولا للآداب ، ويجب أن يكون من شأنها أن تكمل الدليل الناقص في تقدير القاضي^(١) .

ويغلب أن تكون الواقعة التي يحلف عليها الخصم اليمين المتممة هي واقعة الادعاء بأجمعها ، كأن يحلف الدائن أن له في ذمة المدين مبلغ كذا بسبب القرض ، فيستكمل بهذه اليمين مبدأ ثبوت بالكتابة قدمه لإثبات عقد القرض . ولكن لا شيء يمنع من أن تكون الواقعة مجرد قرينة من شأنها ، إذا ثبتت ، أن تضاف إلى أدلة أخرى موجودة فيثبت المدعى به بمجموع هذه الأدلة^(٢) . مثل ذلك أن يحلف المدين يميناً متممة على أنه أقرض الدائن ، بعد حلول الدين المدعى به ، مبلغاً من المال ، ليستخلص من واقعة القرض قرينة تضاف إلى مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات براءة ذمته من الدين المدعى به .

كذلك يغلب أن تكون الواقعة التي يحلف عليها الخصم اليمين المتممة واقعة

= (ح) ومبدأ الثبوت بالكتابة إذا زادت القيمة على عشرة جنيهات أو كان الإثبات بالبينة عسيراً أو مستحيلاً (د) ودفاتر التجار بشأن ما يوردون متى كانت منتظمة « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦١ - ص ٤٦٢) .

(١) انظر في اليمين المتممة لتكملة دليل ناقص : استئناف مختلط ٣١ أكتوبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٣٧٢ - ١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٨٤ - ١٣ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٩٢ - ٢١ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٥٥ - مصر الكلية ١٢ يونيو سنة ١٩٣٢ الحمامة ١٣ رقم ٣٦٧ ص ٧٤٤ . هذا وقد رأينا عند الكلام في دفاتر التجار أن البيانات المثبتة فيها لما وردده التجار لغير التجار تصلح أساساً يحيز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة (م ٣٩٧ فقرة أولى ملنى) .

ويقرر الأستاذ عبد السلام ذهني أن اليمين المتممة لا يمكن توجيهها إلى المتهم في الدعوى المدنية المرتبطة بالدعوى الجنائية ، شأنها في ذلك شأن اليمين الحاسمة (الأدلة ٢ ص ٥٣ - ص ٦٠ - انظر أيضاً في هذا المعنى بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٧٧) .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٣٩١ وهامش رقم ١٤ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٣٣ - بلانيول وريپير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٤ ص ١٠٥٨ .

شخصية . فان لم تكن شخصية كان الحلف على عدم العلم^(١) . ذلك أن اليمين المتممة ، كاليمين الحاسمة ، قد تكون يمينا على عدم العلم . مثل ذلك أن يوجه القاضى اليمين المتممة إلى ورثة المدعى عليه يحلفون أنهم لا يعلمون أن مورثهم قد تسلم الوديعة المدعى بها من المدعى . وليست يمين عدم العلم هذه يمين استيثاق ضرورة ، شأنها فى ذلك شأن يمين عدم العلم الحاسمة ، ولكن يمين الاستيثاق هى التى قد تكون فى بعض صورها يمينا بعدم العلم . وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام فى يمين الاستيثاق .

٣١٠ — جواز الرجوع فى اليمين المنعومة : واليمين المتممة يجوز

الرجوع فيها دائماً . وقد رأينا أن القاضى هو الذى يوجهها . فاذا وجهها إلى أحد الخصمين ، ثم بدا له بعد ذلك أن يرجع ، بأن كشف عن أدلة جديدة أكملت الأدلة الناقصة أو نقضتها فلم يعد هناك مسوغ لتوجيه اليمين المتممة ، جاز له الرجوع . بل يجوز له الرجوع لمجرد أن يكون قد غير رأيه دون حاجة إلى الكشف عن أدلة جديدة ، فقد يعيد النظر فى تقدير الأدلة الموجودة فيراها كاملة وكان يظنها قبل توجيه اليمين ناقصة ، أو لا يرى فيها دليلاً بعد أن كان يظنها أدلة ناقصة ، فيرجع عندئذ عن توجيه اليمين المتممة بعد أن يكون قد وجهها .

وسنرى فيما يلى أنه حتى بعد أن يحلف الخصم اليمين المتممة لا يكون القاضى مقيداً أن يحكم بموجبها ، فقد يرى بعد النظر أن يحكم ضد الخصم بعد أن حلف اليمين ، أو يحكم لمصلحته بعد أن نكل .

§ ٢ — الآثار التى تترتب على توجيه اليمين المتممة

٣١١ — النصوص القانونية : تنص المادة ٤١٦ من التقنين المدنى

على ما يأتى :

(١) استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٦٥ — اوبرى ورو ١٢
فقرة ٧٦٧ ص ٣٩٠ — ص ٣٩١ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٣٣ — قارن بودرى وبارد ٤
فقرة ٢٧٧٥ .

« لا يجوز للخصم الذى وجه إليه القاضى اليمين المتممة أن يردّها على الخصم الآخر ^(١) » .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق : ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البيّنات السورى المادة ١٢٤ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٨٥ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبّانى المادة ٢٣٩ ، وفى التقنين المدنى اللبى المادة ٤٠٥ ^(٢) .
ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٣٦٨ ^(٣) .

٣١٢- لا خيار لمن وجهت إليه اليمين المتممة فاما الحلف أو النكول :
ويتبين من نص التقنين المدنى المصرى ألا خيار لمن وجهت إليه اليمين المتممة ، فهو إما أن يحلف أو ينكل ، ولا يستطيع أن يرد اليمين على الخصم الآخر . ذلك لأن اليمين موجهة إليه من القاضى لا من الخصم الآخر ، ولأنها وسيلة تكميلية لاقتناع القاضى وليست احتكاماً إلى ضمير الخصم حتى يجوز لهذا ردها ليحكم هو إلى ضمير خصمه ^(٤) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٥٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٢٩ فى المشروع النهائى ، فجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٦ ، فجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٣ - ص ٣٦٤) .
(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البيّنات السورى م ١٢٤ : مطابقة للتقنين المصرى .

التقنين المدنى العراقى م ٤٨٥ : مطابقة للتقنين المصرى .
تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبّانى م ٢٣٩ : أن اليمين التى يطلبها القاضى مباشرة من أحد الفريقين لا يمكن ردها على الخصم . (والحكم واحد فى التقنينين اللبّانى والمصرى) .
التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٤٠٥ : مطابقة للتقنين المصرى .
(٣) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٦٨ : اليمين التى يوجهها القاضى من تلقاء نفسه إلى أحد الخصمين لا يجوز ردها من هذا الخصم على الخصم الآخر .

Art. 1368 : Le serment déferé d'office par le juge à l'une des parties, ne peut être par elle référé à l'autre.

(٤) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « اقضى =

فالحصم الذى وجه إليه القاضى اليمين المتممة لا مناص له إذن من أحد موقفين: الحلف أو النكول^(١) . ونرى الآن ماذا يترتب من الأثر على كل من هذين الموقفين .

٣١٣- ملف الخصم لليمين المتممة: يحلف الخصم اليمين المتممة بنفسه ، ولا يجوز له أن يوكل أحداً غيره فى الحلف ، شأن اليمين المتممة فى هذا شأن اليمين الحاسمة . ذلك أن المقصود من الحلف ، فى الحالتين ، هو تأكيد الخصم لما يدعيه مع تعزيز التأكيد بالإيمان . وهو بعد لو ثبت حنثه فى يمينه ، كان معرضاً للعقوبة الجنائية المنصوص عليها فى المادة ٣٠١ من قانون العقوبات وقد تقدم ذكرها . ونص هذه المادة غير مقصور على اليمين الحاسمة ، بل يشمل كل يمين يلزم بها الخصم فى المواد المدنية فيحلفها كذباً . ومن ثم يتناول النص ، فوق اليمين الحاسمة ، اليمين المتممة ويمين الاستيثاق وغيرها من الأيمان التى يلزم بها الخصم فى المواد المدنية .

وكل ما ذكرناه فى كيفية حلف اليمين الحاسمة يسرى بالنسبة إلى حلف اليمين المتممة .

والغالب أن الخصم إذا حلف اليمين المتممة قضى لصالحه ، إذ يكون بهذا

= المشروع أثر التقنين الفرنسى (م ١٣٦٨) والتقنين الإيطالى (م ١٣٧٦) والتقنين الهولندى (م ١٩٨٠) والتقنين البرتغالى (م ٢٥٣٤) والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٣٢١) فى استظهار هذا الفرق الجوهرى بين اليمين المتممة واليمين الحاسمة . ويراعى أن التفريق بين اليمينين من هذا الوجه حتم تقتضيه طبيعة اليمين المتممة ، لأن إعمالها من شأن القاضى فهو الذى يرجع إليه أمر توجيهها ، وهو الذى يعين من توجه إليه من الخصمين « مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٣ - ص ٣٦٤ » .

(١) وإذا مات من وجه إليه القاضى اليمين المتممة قبل أن يحلفها ، اعتبر الحكم بتوجيهها كأن لم يكن . وللقاضى أن يفصل فى النزاع دون يمين متممة ، أو أن يوجه هذه اليمين إلى الخصم الآخر ، أو أن يوجه يميناً متممة بعدم العلم إلى ورثة الخصم الذى مات (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٣٩٤ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٣) .

وقد رأينا أنه إذا مات من وجهت إليه اليمين الحاسمة قبل أن يحلفها ، لم تعتبر اليمين مردودة على الخصم الآخر لأن رد اليمين ليس بالتزام تخييرى بل هو التزام بدلى ، ومن ثم يرجع الأمر إلى ما كان عليه قبل توجيه اليمين . فيتفق الحكم إذن فى أن اليمين لا تعتبر مردودة إلى الخصم الآخر ، فى كل من اليمين الحاسمة واليمين المتممة ، ولكن لسببين مختلفين : فى اليمين الحاسمة الالتزام برد اليمين ليس إلا التزاماً بدلياً ، وفى اليمين المتممة الالتزام برد اليمين لا وجود له أصلاً .

الحلف قد استكمل الأدلة التي كانت ناقصة ، وأقنع القاضى بصحة ادعائه . ولكن إذا ثبت بحكم جنائى كذب اليمين ، جاز للخصم الآخر أن يطالب بتعويض مدنى ، وهذا دون إخلال بالطعن فى الحكم الذى صدر تأسيساً على اليمين المتممة بطريق الاستئناف أو بطريق التماس النظر . وقد رأينا أن هذا كله جائز فى اليمين الحاسمة ، فهو جائز من باب أولى فى اليمين المتممة . بل ويجوز ، فى اليمين المتممة ، أن يدعى الخصم طالب التعويض مدنياً فى الدعوى الجنائية التى ترفعها النيابة العامة ، كما يجوز له أن يرفع دعوى الجنبعة المباشرة (١) .

على أنه ليس حتماً على القاضى ، بعد أن يحلف الخصم اليمين المتممة ، أن يقضى لصالحه . فقد يقع ، كما قدمنا ، أن القاضى ، بعد حلف اليمين وقبل النطق بالحكم ، يقف على أدلة جديدة تقنعه بأن ادعاء الخصم الذى حلف اليمين يقوم على غير أساس ، فيحكم ضده . بل ليس من الضرورى أن يكشف القاضى أدلة جديدة ، فقد يعيد النظر كما أسلفنا فى القضية ، بعد الحلف وقبل الحكم ، فيقتنع بغير ما كان مقتنعاً به عند توجيه اليمين المتممة ، فيقضى ضد من حلف (٢) .

(١) انظر فى هذا المعنى حتى فى عهد التقنين المدنى السابق : (ملوى ٣٠ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١٠٦ — وانظر عكس ذلك وعدم قبول دعوى التعويض أمام محكمة الجنبع أو أمام المحكمة المدنية ، أسوة باليمين الحاسمة ، وذلك فى عهد التقنين المدنى السابق : أسوان ١٤ يولييه سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٩٧) — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ومع ذلك فاليمين المتممة طريق من طرق الإثبات ، فيجوز نقض دلالتها بإثبات العكس ، ويجوز للمضروب فى هذه الحالة أن يدعى مدنياً للمطالبة بالتعويضات أمام المحاكم الجنائية ، ويجوز له أيضاً أن يطعن فى الحكم بالطرق المقررة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٢) .

أما فى الفقه الفرنسى ، فقد ذهب الفقهاء أوبرى ورو (١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٣٩٣) إلى أن التعويض ، ومن ثم الادعاء مدنياً فى الدعوى الجنائية ورفع الجنبعة المباشرة ، غير جائز فى اليمين المتممة ، شأن هذه اليمين فى ذلك شأن اليمين الحاسمة . ويوافقهما فى هذا رأى : لارومبيير ٥ م ١٣٦٧ - ١٣٦٨ فقرة ٢٥ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٥ - جارسون فى القانون الجنائى م ٣٦٦ فقرة ١٧ . ويذهب إلى عكس هذا رأى : ماركاديه م ١٣٦٨ فقرة ٣ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٧٩ . ولم يحسم القضاء الفرنسى هذا الخلاف (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٥) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وتعتبر اليمين المتممة دليلاً تكميلياً إضافياً كما هو ظاهر من اسمها . ويجوز أن يرتب عليها الفصل فى النزاع ولكن قد لا يكون توجيهها ضرورياً لهذا الفصل . وتعتبر هذه اليمين إجراء من إجراءات =

بل إن القاضي ليقضى لمصلحة من حلف ، ثم يستأنف الحكم ، فترى محكمة الاستئناف رأياً آخر ، إذ هي لا تنقيد بتوجيه اليمين ولا بحلفها في المحكمة الابتدائية . فقد ترى ألا محل لتوجيه اليمين المتممة ، لأن الأدلة قد أصبحت كافية ، أو كانت كافية من قبل ، أو أن الأدلة معدومة بحيث لا يجوز توجيه هذه اليمين . وحتى إذا رأت أن توجيه اليمين المتممة كان مستساغاً ، فقد ترى أن الخصم الذى كان يجب أن توجه إليه هذه اليمين هو الخصم الآخر ، فتوجهها له لأول مرة في الاستئناف ، وتغفل اليمين الأخرى التى كانت المحكمة الابتدائية قد وجهتها . بل قد لا تعدل محكمة الاستئناف عن توجيه اليمين المتممة إلى الخصم الذى وجهتها إليه المحكمة الابتدائية ، ولكنها لا تنقيد بموجبه ولا تقتنع بما اقتنعت به المحكمة الابتدائية ، فلا تقضى لمصلحة من حلف اليمين ^(١) .

٣١٤ - نكول الخصم عن اليمين المتممة : أما إذا نكل الخصم الذى

وجهت إليه اليمين المتممة ، فإن الأدلة الناقصة التى كان قد قدمها لإثبات ادعائه

= التحقيق التى تيسر للقاضى تحصيل دليل خاص تقتضيه العدالة ويكون له ما لغيره من قوة الإلزام ، لأنها تفترض توافر عناصر إثبات لها مكانتها وإن كانت أدنى من مرتبة الدليل . وهى تختلف كذلك عن اليمين الحاسمة ، لأنها لا تنقل مصير النزاع إلى نطاق الزمة على وجه التخصيص والإفراد ، بل يظل النزاع محصوراً في حدود أحكام القانون ، وإن جاوز هذه الحدود إلى ذلك النطاق استكمالاً للدليل . ولهذا العلة لا تعتبر اليمين المتممة حجة قاطعة ملزمة ، بل يكون للقاضى مطلق الخيار فى الاعتداد بها أو التجاوز عنها . فله أن يقضى على أساس اليمين التى أدبت ، أو على أساس عناصر إثبات أخرى ، اجتمعت له قبل أداء هذه اليمين أو بعد أدائها . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٢) .

قارن مع ذلك : استئناف مصر ٢٤ يونيو سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٤١ .
(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٣٩٢ - ص ٣٩٣ - ومن باب أولى يجوز للخصم الآخر أن يثبت أمام محكمة الاستئناف كذب اليمين المتممة التى حلفها خصمه أمام المحكمة الابتدائية . ويذهب الفقهاء أوبرى ورو إلى أنه لا يجوز للخصم الآخر إثبات ذلك إذا كان قد وافق فى المحكمة الابتدائية على توجيه هذه اليمين المتممة إلى خصمه ، ويعتبر أنه قد وافق على توجيهها إذا حضر فى جلسة الحلف (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٣٩٢ - ص ٣٩٣ - وانظر أيضاً بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٣٤ ص ٤٣١) . هذا فى القانون الفرنسى ، أما فى القانون المصرى فيبدو أنه يجوز للخصم الآخر إثبات كذب اليمين المتممة التى حلفها خصمه ، حتى لو كان قد وافق على تحليفه ، فليس لليمين المتممة عندنا من الأثر الحاسم ما يمنع من ذلك .

تبقى ناقصة كما كانت، بل إن الريبة لتزداد في صحة ادعائه بعد أن نكل . من أجل ذلك يغلب أن يقضى ضده ^(١) .

ولكن ليس من المحتم هنا أيضاً أن يقضى ضده . فقد تظهر بعد نكوله أدلة جديدة تكمل أدلته الناقصة ، فيقضى لصالحه بالرغم من النكول . بل قد لا تظهر أدلة جديدة ، ولكن القاضى يعيد النظر في الأدلة التى كان يحسبها ناقصة ، فيرجع عن رأيه ويقدر أنها أدلة كافية ، فيقضى هنا أيضاً لصالحه .

وإذا حكم القاضى ضد الخصم الذى نكل — كما هو الغالب — فقد يستأنف الخصم هذا الحكم . وعند ذلك يكون لمحكمة الاستئناف من الحرية فى التقدير ما كان للمحكمة الابتدائية . فقد تقضى لصالحه بالرغم من نكوله . وقد توجه إليه اليمين المتممة مرة أخرى ، فيحلفها أو بنكل . وفى الحالتين لها حق التقدير على النحو الذى قدمناه . وقد ترى محكمة الاستئناف أن توجه اليمين المتممة إلى الخصم الآخر ، ثم تقضى له أو عليه ، حلف أو نكل ، وفقاً لما تراه .

ونرى من ذلك أن النكول عن اليمين المتممة كحلفها لا يقيد القاضى . فليست اليمين المتممة تحكما كاليمين الحاسمة ، بل هى إجراء من إجراءات التحقيق ودليل إثبات تكملى ذو قوة محدودة .

٣١٥ — الفروق الجوهرية بين اليمين الحاسمة واليمين المتممة :

وقد آن أن نلخص الفروق الجوهرية بين اليمين الحاسمة واليمين المتممة . ومردّها جميعاً يرجع إلى أن اليمين الحاسمة تحكم بتقيد به الخصوم والقاضى ، أما اليمين المتممة فوسيلة تكميلية من وسائل التحقيق والإثبات لا يتقيد بها أحد . ويترتب على هذا الأصل الفروق الجوهرية الآتية بين اليمينين :

(أولاً) اليمين الحاسمة يوجهها الخصم تحت رقابة القاضى . أما اليمين المتممة فيوجهها القاضى وحده .

(ثانياً) لا يجوز للخصم الرجوع فى اليمين الحاسمة بعد أن يقبلها الخصم

(١) ونرى أنه يجوز للقاضى ، بعد أن نكل الخصم الذى وجه إليه اليمين المتممة ، أن يوجه هذه اليمين إلى الخصم الآخر ، لا سيما بعد أن تعززت أدلة هذا الخصم الآخر بنكول خصمه .

الآخر . وللقاضى أن يرجع عن توجيه اليمين المتممة فى أى وقت بعد توجيهها .
(ثالثاً) اليمين الحاسمة نتائجها محتمة : بكسب من يحلفها ، ويخسر من ينكل عنها . أما اليمين المتممة فليست لها نتائج محتمة ، ولا يتقيد القاضى بموجبها حلفها الخصم أو نكل .
(رابعاً) اليمين الحاسمة يجوز ردها على الخصم الآخر . أما اليمين المتممة فلا ترد (١) .

§ ٣ — صور خاصة من اليمين المتممة

(يمين الاستيثاق ويمين الاستظهار ويمين التقويم)

٣١٦ — تقسيم لليمين المتممة : كل الذى قدمناه من الأحكام إنما هو عن اليمين المتممة الأصلية . ذلك أن لليمين المتممة صوراً أخرى خاصة ، يدخل فيها على الأحكام التى قدمناها كثير من التحوير .

ويمكن — للإيضاح — تقسيم اليمين المتممة إلى يمين منعمة أصلية (serment supplétif, supplétoire) ويمين استيثاق ويمين استظهار (serment libératoire) ويمين تقويم (serment en plaid, ad litem, estimatoire) .

فاليمين المتممة الأصلية ، كاليمين الحاسمة ، تكون إما على واقعة شخصية وإما على عدم العلم . فإذا كانت على عدم العلم سميت يمين عدم العلم (serment de crédulité, de crédibilité) .

وكل من يمين الاستيثاق ويمين الاستظهار يمين توجه فى أحوال معينة ، على النحو الذى سنبينه ، على أن أحكام اليمين المتممة الأصلية لا تسرى على أى من هاتين اليمينين إلا بعد تحوير كبير . فتوجيه اليمين هنا إجبارى على القاضى ، وهو جوازى فى اليمين المتممة الأصلية . والذى توجه إليه اليمين هنا

(١) بلانفول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٥ ص ١٠٥٨ — ص ١٠٥٩ — الموجز

للمؤلف ص ٦٩٦ .

هو أحد الخصمين بالذات يعينه القانون ، واليمين المتممة الأصلية توجه لأى من الخصمين . ولا يملك القاضى هنا إلا أن يقضى لمصلحة من حلف اليمين ، وهو لا يتقيد بذلك فى اليمين المتممة الأصلية . وهذه الفروق تقرب يمين الاستيثاق ويمين الاستظهار من اليمين الحاسمة ، وتبعدهما عن اليمين المتممة^(١) . ولكن مهمة كل من هاتين اليمينين هى التى تلحقها باليمين المتممة ، إذ هى إتمام دليل يراه القانون ناقصاً فيريد أن يستكمله بهذه اليمين .

ويمين التقويم يمين خاصة لا توجه إلا فى تقويم شىء معين عند ما يستعصى تقويمه عن طريق آخر . وهى أيضاً تنحرف فى أحكامها عن أحكام اليمين المتممة الأصلية فى أنها لا توجه إلا إلى المدعى ، وفى أن موضوعها لا يكون إلا التقويم .

ونستعرض الآن هذه الصور الخاصة من اليمين المتممة : يمين الاستيثاق ويمين الاستظهار ويمين التقويم^(٢) .

٣١٧ - يمين الاستيثاق : هذه اليمين توجه فى أحوال ثلاثة نص عليها القانون ، وفى بعضها تكون يميناً على عدم العلم :

(أولاً) نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٨ من التقنين المدنى على أنه « يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة^(٣) أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين

(١) ويعتبر الأستاذ سليمان مرقس يمين الاستيثاق يميناً حاسمة (أصول الإثبات فقرة ١٤٤) .
(٢) وهناك فى الفقه الإسلامى يمين متممة أخرى هى يمين المدعى إذا لم يكن عنده إلا شاهد واحد ، فيقضى له بشأده ويمينه ، فتكون اليمين متممة للشهادة . وهذا ما ذهب إليه مالك والشافعى وأحمد ، لما روى أنه عليه السلام قضى بشأده ويمين . وخالف أبو حنيفة فلم يجز القضاء بشأده ويمين (انظر فى هذه المسألة البدائع ٦ ص ٢٢٥) . واليمين ، عند القائلين بالجواز ، تكل شهادة الشاهد ، والقضاء إنما يكون بالشاهد واليمين معاً . وقد جاء فى هذا المعنى فى حاشية الشرقاوى على شرح التحرير : « وهل القضاء بالشاهد واليمين معاً ، أو بالشاهد فقط واليمين مؤكدة ، أو بالعكس : أقوال أصحابها أولها . وتظهر فائدة الخلاف فيما لو رجع الشاهد : فعل الأول يفرم النصف ، وعلى الثانى الكل ، وعلى الثالث لا شىء » . (حاشية الشرقاوى على شرح التحرير ٢ ص ٥٠٢) .

(٣) والحقوق التى تتقادم بسنة هى التى ذكرت فى الفقرة الأولى من المادة ٣٧٨ ، وهذا نصها : « تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية : (١) حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها »

فعلا . وهذه اليمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه . وتوجه إلى ورثة المدين أو أوصيائهم ، إن كانوا قصرأ ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بمحصول الوفاء (١) .

فالقانون هنا ، بعد أن جعل بعض الحقوق تتقدم بمدة قصيرة جداً هي سنة فقط ، وجعل من هذا التقدم قرينة على الوفاء ، أراد أن يعزز هذه القرينة - وقد اعتبرها دليلاً غير كامل - بيمين متممة يحلفها المدين على واقعة شخصية له ، هي أداء الدين فعلا . فإذا كان قد مات ، حلفت الورثة ، أو أوصيائهم إن كانت الورثة قصرأ ، يمين عدم العلم بأنهم لا يعلمون بوجود الدين ، أو يمين العلم بأنهم يعلمون بمحصول الوفاء ونرى من ذلك أن يمين الاستيثاق تكون في بعض صورها يميناً على واقعة شخصية ، وفي صور أخرى يميناً على عدم العلم ، وتبقى في الحالتين يمين استيثاق . وقد رأينا كذلك فيما تقدم أن يمين عدم العلم لا تختص بيمين الاستيثاق ، بل هي قد تكون أيضاً في اليمين الحاسمة وفي اليمين المتممة الأصلية . فلا يجوز إذن الخلط ما بين يمين عدم العلم ويمين الاستيثاق ، وقد سبق أن نهينا إلى ذلك .

وخصائص يمين الاستيثاق في الحالة التي نحن بصدددها أنها يمين إجبارية ، لا بد للقاضى من أن يوجهها إلى المدين أو إلى ورثته . وتوجه إلى هؤلاء دون الدائن . وإذا حلفها من وجهت إليه كسب الدعوى حتماً . على أنها تبقى بعد كل ذلك في نظرنا يميناً متممة لا يميناً حاسمة . فهي تختلف اختلافاً جوهرياً عن اليمين الحاسمة في أنها ليست هي الدليل الوحيد في الدعوى ، بل هي دليل تكميلي يعزز الدليل الأصلي وهو قرينة الوفاء المستخلصة من انقضاء سنة على وجود الدين.

= لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء ، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم (ب) حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات .

(١) ويقابل هذا النص في التقنين المدنى السابق المادتين ٢١٢ - ٢٧٦/٢١٣ - ٢٧٧ . وتنص المادة الأولى منهما (٢٧٦/٢١٣) على أنه : «في حالة ما إذا كانت المدة المقررة لسقوط الحق ٣٦٠ يوماً فأقل ، لا تبرأ ذمة من يدعى التخلص بمضى المدة إلا بعد حلفه اليمين على أنه أدى حقيقة ما كان في ذمته» . وتنص المادة الثانية (٢٧٧/٢١٣) على ما يأتي : «وأما الأراامل والورثة والأوصياء فيتخلصون بحلفهم أنهم لا يعلمون أن المدعى به مستحق» .

على أن هناك رأياً يذهب إلى أن اليمين هنا يمين حاسمة إجبارية بوجهها القاضى من تلقاء نفسه فى حق تقادم بمدة قصيرة . والتقادم يقوم على أساس قرينة الوفاء ، فهى قرينة قانونية قاطعة لا يجوز دحضها إلا بالإقرار أو بالنكول عن هذه اليمين . وسنعود إلى هذا الرأى عند الكلام فى القرائن القانونية القاطعة

(ثانياً) نصت المادة ٢٠١/١٩٤ من التقنين التجارى على أن « الأوراق المحررة لأعمال تجارية يسقط الحق فى إقامة الدعوى بها بمضى خمس سنوات . وإنما على المدعى عليهم تأييد براءة ذمتهم بحلفهم اليمين على أنه لم يكن فى ذمتهم شىء من الدين إذا دعوا للحلف . وعلى من يقوم مقامهم أو ورثتهم أن يحلفوا بيميناً على أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شىء مستحق من الدين » .

فهذا النص أيضاً كالنص السابق يجعل بعض الحقوق التجارية تتقادم بمدة قصيرة هى خمس سنوات . وقد جعل القانون من هذا التقادم قرينة على الوفاء . ولكنه اعتبر هذه القرينة دليلاً غير كامل ، فرأى أن يعززها ، إذا طلب الدائن ذلك ، بيمين متممة يحلفها المدين على أن ليس فى ذمته شىء من الدين ، أو يحلفها ورثته ، وهنا يحلفون على أكثر من عدم العلم ، إذ يحلفون على أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شىء مستحق من الدين .

ويمين الاستيثاق هذه ليست إجبارية ، ولكن طلبها موكول إلى الدائن لا إلى القاضى . وتوجه إلى المدين أو ورثته دون الدائن . وإذا حلفها من وجهة إليه كسب الدعوى حتماً^(١) . ولكنها مع ذلك يمين متممة ، لأنها دليل تكميلى

(١) فالدائن وحده هو الذى يطلب توجيهها إذا أراد ذلك ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ولا تملك المحكمة أن توجهها من تلقاء نفسها ، فإذا نكل المدين عنها خسر دعواه حتماً ، وإذا حلفها تعين قبول دعواه . ومن ثم ورد فى كثير من الأحكام أنها يمين حاسمة . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن اليمين المبينة فى المادة ١٩٤ من القانون التجارى هى يمين حاسمة يجب أن توجه من الخصم إلى الدائن لتأييد القرينة القانونية وهى حصول الوفاء المستند من مضى خمس سنين على اليوم التالى لحلول ميعاد دفع الأوراق التجارية الموضحة بها ، فإذا نكل المدين عن الحلف سقطت هذه القرينة ، إذ معنى النكول فى هذه الحالة عدم قيام المدين بالوفاء (٤ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٣٨ ص ٦٧٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا تمسك المدين بالتقادم ، فللدائن أن يوجه له يمين الاستيثاق ليحلف أنه لم يكن فى ذمته شىء من الدين ، ولو كان ذلك أمام محكمة الاستئناف لأول مرة ، وليس على المحكمة أن تنبه الدائن إلى ذلك بحال من الأحوال (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٦٧) . وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن ليس =

يعزز دليلاً أصلياً في الدعوى ، هو قرينة الوفاء المستخلصة من انقضاء خمس سنوات على وجود الدين (١) .

(ثالثاً) نصت المادة ٣٩٤ من التقنين المدني على أن « تعتبر الورقة العرفية صادرة ممن وقعها ، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة . أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار ، ويكفي أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق » .

وهذا النص يختلف عن سابقه . فهو يتكلم عن يمين تتمحض في أنها يمين على عدم العلم . ثم إنها لا تعزز دليلاً أصلياً في الإثبات ، بل هي تساعد الورثة على اتخاذ موقف المنكر للورقة العرفية . فهي لا تثبت شيئاً ، ولكنها تنشئ موقفاً . بيد أنها على كل حال يمين متممة من نوع خاص ، إذ يستكمل بها من حلفها الشروط

= للمحكمة أن تكلف المدين من تلقاء نفسها حلف يمين الاستيثاق المشار إليها في المادة ١٩٤ من القانون التجاري ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب الدائن ، لأن هذه اليمين يمين حاسمة (١٥ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٥٠ ص ٧٦ . انظر أيضاً : أطسا ٧ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٥٢ ص ٧٤٨) .

(١) قارن حكماً لمحكمة النقض ذكر أن هذه اليمين إنما شرعت لتكلمة القرينة القانونية على حصول الوفاء ، ولكنه أضى عليها بعد ذلك خصائص اليمين الحاسمة . وهذا ما قرره الحكم المشار إليه : إن حلف اليمين بالتخالص تطبيقاً للمادة ١٩٤ من القانون التجاري إنما شرع لمصلحة الدائن في الورقة لتكلمة القرينة القانونية على حصول الوفاء المستمدة من مضي خمس سنوات على اليوم التالي لحلول ميعاد دفع الأوراق التجارية . فاذا نكل المدين عن الحلف ، سقطت هذه القرينة . وإذن فالدائن هو الذي يوجه هذه اليمين أو لا يوجهها حسب مشيئته ، وليس للمحكمة من تلقاء نفسها أن توجهها . فاذا وجهها وركن بذلك إلى ذمة مدينه ، فقبل هذا العرض وحلف ، فإن المحكمة تكون ملزمة بأن تقضي في الدعوى على مقتضى الحلف . ولا يجوز للدائن بعد ذلك أن يجدد النزاع ارتكائاً على أدلة أخرى لإثبات حقه أو لإثبات كذب اليمين ، لأن سلوكه هذا الطريق الذي اختاره من طرق الإثبات وقبول خصمه ما عرضه عليه إنما هو بمثابة صلح انعقد بين الطرفين على أن تكون دعوى الدائن معلقة مصيرها على اليمين المعروضة على المدين وذلك في مقابل تنازله عن كل دليل آخر يكون لديه . ومن ثم فلا يقبل من الدائن دعواه التي يرفعها سواء لإثبات كذب اليمين أو للمطالبة بتعويض عن الحنث فيها ، ولو كانت الدعوى العمومية لا ترفع من المدعى المدني إلا إذا كانت دعواه المدنية مقبولة فإن الدعوى المباشرة التي يرفعها الدائن للمطالبة بتعويض عن الكذب في اليمين المذكورة لا تكون مقبولة (نقض جنائي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ١٦١ ص ٤٧٦) .

القانونية اللازمة لدفع حجية الورقة العرفية في الإثبات . ومن هذه الناحية وحدها يمكن اعتبارها ، في كثير من التجوز ، يمين استيثاق^(٣) .

٣١٨ — يمين الاستظهار : هذه اليمين لا وجود لها في التقنين المدني المصري ، ومن ثم لا تطبق أحكامها عندنا . وهي موجودة في التقنين المدني العراقي ، أخذها عن الفقه الإسلامي^(٤) . فقد نصت المادة ٤٨٤ من هذا التقنين على ما يأتي :

(١) قارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٤٤ ص ٢٣٣ — ص ٢٣٤ .
(٢) جاء في شرح التحرير لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري عن يمين الاستظهار ما يأتي :
« واليمين مع الشاهدين ، وتقع في الرد أي دعوى رد المشتري للمبيع بعيب ، ودعوى الزوجة العنة على الزوج ، ودعوى الجراحة في عضو باطن ادعى الجراح أنه غير سليم ، ودعوى الإعسار أي إعسار نفسه إذا عهد له مال ، والدعوى على الغائب ، وعلى الميت ونحوهما ، وفيما إذا قال لزوجته أنت طالق أمس ثم قال أردت أنها طالق من غيري . فيقيم في هذه الصور البينة بما ادعاه ، ويحلف معها طلباً للاستظهار . والمراد بالمخلوف عليه في الأولى قدم العيب ، وفي الثانية عدم الوطء ، وفي الثالثة السلامة ، وفي الأخيرة إرادة طلاق غيره » . (حاشية الشرقاوي على شرح التحرير ٢ ص ٤٧٥ — ص ٤٧٦) .

ونصت المادة ١٧٤٦ من المجلة على يمين الاستظهار على الوجه الآتي : « لا يحلف إلا بطلب الخصم . ولكن يحلف من قبل الحاكم في أربعة مواضع بلا طلب . الأول إذا ادعى واحد على التركة حقاً وأثبتته ، فيحلفه الحاكم بأنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه من الوجوه ولا أبرأ منه ولا أحاله به على غيره ولا أوفاه أحد وليس للميت بهذا الحق رهن ، ويقال لهذا يمين الاستظهار . الثاني إذا استحق رجل مالا وأثبت دعواه ، حلفه الحاكم بأنه لم يبيع هذا المال ولم يهبه لأحد ولم يخرج عن ملكه بوجه من الوجوه . الثالث إذا أراد المشتري رد المبيع لمعيبه ، حلفه الحاكم بأنه بعد اطلاعه على العيب لم يرض به قولاً أو دلالة كتصرفه تصرف الملاك على ما ذكر في مادة ٣٤٤ . الرابع تحليف الحاكم الشفيع عند الحكم بالشفعة بأنه لم يبطل شفيعته ، يعني لم يسقط حق شفيعته بوجه من الوجوه » . ويضيف الأستاذ سليم باز في شرحه لهذه المادة ما يأتي : « ويستحلف أيضاً بلا طلب الخصم في مسألة خامسة ، وهي إذا طلبت المرأة فرض النفقة على زوجها الغائب ، تستحلف أنه لم يطلقها زوجها ولم يترك لها شيئاً ولا أعطاها النفقة ، وهذا على قول أبي يوسف المفتي به (تكلمة عن البحر) » (شرح المجلة لسليم باز ص ١٠٩٩ — ص ١١٠١) .

ويقول فرانسوا مارنير (François Marneur) ، في رسالته « نظرية الإثبات في الشريعة الإسلامية » باريس سنة ١٩١٠ ص ٢٥٥ — ص ٢٥٦ ، أن المدعى ، في الحالات المتقدمة الذكر ، قد أثبت حقه بالبينة . ولما كانت هناك شبهة في أن هذا الحق قد وفاه المدين ، فإن المدعى ينقلب مدعى عليه في هذا الدفع بالوفاء . وليست هناك بيينة على صحة الدفع ، فوجب أن يحلف المدعى عليه في الدفع — وكان مدعياً في دعوى الحق — اليمين على أن ذمة المدين لم تبرأ . فاليمين إنما يحلفه ، هنا أيضاً ، المدعى عليه ، وإن كان مدعياً في الظاهر .

« تحلف المحكمة من تلقاء نفسها في الأحوال الآتية : ١ - إذا ادعى أحد في التركة حقاً وأثبتته ، فتحلفه المحكمة بيمين الاستظهار على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه ، ولا أبرأه ، ولا أحاله على غيره ، ولا استوفى دينه من الغير ، وليس للميت في مقابلة هذا الحق رهن . ب - إذا استحق أحد المال وأثبت دعواه ، حلفته المحكمة على أنه لم يبيع هذا المال ، ولم يهبه لأحد ، ولم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه . ج - إذا أراد المشتري رد المبيع لعيب ، حلفته المحكمة على أنه لم يرض بالعيب صراحة أو دلالة . ثم نقل قانون البينات السورى (م ١٢٣) هذا النص وأضاف إليه حالة رابعة هي : « إذا طالب الشفيع بالشفعة حلفته المحكمة بأنه لم يسقط حق شفيعته بوجه من الوجوه » .

وهذه الحقوق المذكورة في النص تجتمع في أنها تنطوى على شيء من الخفاء فمن يدعى في التركة حقاً ، ومعه الدليل الذى يثبت هذا الحق ، لا يواجه خصمه الحقيقى ، وهو الميت ، ليبدى هذا ما عنده من دفع لهذا الحق . والورثة قد يجهلون هذه الدفع أو يجهلون بعضها . لذلك عندما يقيم المدعى الدليل على حقه في التركة ، يعتبر القانون هذا الدليل غير كامل ، ويوجب تعزيزه بيمين متممة ، هي يمين الاستظهار ، على أن المدعى لم يستوف حقه بأية صورة من الصور . والمستحق للمال إنما قدم دليلاً نسبياً على الملك . فيبقى أن يعزز هذا الدليل بيمين متممة ، هي يمين الاستظهار ، على أن المال لم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه . والمشتري الذى يرد المبيع لعيب ، ويقدم الدليل على هذا العيب ، يحتمل أن يكون قد رضى به . فعليه أن يعزز دليله بيمين متممة ، هي يمين الاستظهار ، على أنه لم يرض بالعيب صراحة أو دلالة . والشفيع عندما يطالب بالشفعة يحتمل أن يكون قد أسقط شفيعته فعليه أن يعزز مطالبته بيمين متممة ، هي يمين الاستظهار ، على أنه لم يسقط حق شفيعته بحال من الأحوال . فيمين الاستظهار في الأحوال المنصوص عليها إنما هي ، كما نراها ، يمين متممة . ولكنها يمين متممة لها خصائص يمين الاستيثاق : فهي يمين إجبارية ، يوجهها القاضى إلى خصم بالذات يعينه القانون ، وإذا حلفها الخصم كسب حتماً دعواه .

٣١٩ - يمين التفويض - النصوص القانونية : تنص المادة ٤١٧

(٣٨ الوسيط - ج ٢)

من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - لا يجوز للقاضي أن يوجه إلى المدعى اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى » .

« ٢ - ويحدد القاضي ، حتى في هذه الحالة ، حداً أقصى للقيمة التي يصدق فيها المدعى بيمينه^(١) » .

وهذا نص استحدثه التقنين المدني الجديد . ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ١٢٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٨٣ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٤٠ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٦^(٢) . ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٦٩^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« ١ - لا يجوز للقاضي أن يوجه إلى المدعى اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا تعذر تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى . ٢ - ويحدد القاضي ، حتى في هذه الحالة ، حداً أقصى للقيمة التي يحلف عليها المدعى » . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وصار رقمه ٤٣٠ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٧ ، فجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٥ — ص ٤٦٦) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ١٢٢ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

التقنين المدني العراقى م ٤٨٣ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٤٠ : لا يجوز للقاضي أن يستحلف المدعى مباشرة على قيمة الشيء المطلوب إلا إذا استحال إثباتها بطريقة أخرى . ويجب على القاضي أيضاً في هذه الحالة أن يعين الحد الأقصى للمبلغ الذى يصدق عليه المدعى بيمينه . (والحكم واحد في التقنينين اللبناني والمصرى) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٤٠٦ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

(٣) التقنين المدني الفرنسى م ١٣٦٩ : لا يوجه القاضي اليمين إلى المدعى على قيمة الشيء المطلوب إلا إذا استحال تقديرها بطريق آخر . وحتى في هذه الحالة يعين القاضي حداً أقصى للمبلغ الذى يصدق فيه المدعى بيمينه .

Art. 1369 : Le serment sur la valeur de la chose demandée, ne peut être déferé par le juge au demandeur que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement cette valeur. Le juge doit même, en ce cas, déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment.

وموضوع يمين التقويم هو ، كما نرى من النص ، تقدير قيمة شيء واجب الرد وتعذر رده ، فيقضى بقيمته . مثل ذلك وديعة أو عارية هلكت بتعد ، فيقضى بقيمتها للمودع أو المعير . ومثل ذلك أيضاً بيع أو إيجار فسخ ، وتعذر رد المبيع أو العين المؤجرة بتقصير من المشتري أو المستأجر ، فيقضى بالقيمة للبائع أو المؤجر^(١) . ولكن هذه القيمة استحالة تقديرها بأى طريق - ولو بطريق الخبراء على أساس تعيينها بالوصف - فلم يعد مناص من الرجوع فى قيمتها إلى المدعى ، فيوجه إليه القاضى يمين التقويم . ومن هنا نرى أن الخصم الذى توجه إليه هذه اليمين المتممة هو دائماً المدعى الذى يطالب باسترداد الشيء^(٢) ، دون المدعى عليه المطلوب منه الرد . ثم أن موضوع اليمين هو دائماً المبلغ الذى يقدر به المدعى قيمة الشيء المطلوب رده ، على ألا يجاوز هذا المبلغ حداً أقصى يعينه القاضى بحسب تقديره وفقاً لما يستلخصه من ظروف الدعوى^(٣) . وفى هاتين الحقيقتين تختلف أحكام يمين التقويم عن أحكام اليمين المتممة الأصلية .

(١) ويأتى كولان وكابيتان بمثل لذلك : يفقد شخص حقيته أثناء نقلها بالسكة الحديدية بخطأ من الشركة ، فيحلف يمين التقويم على قيمة ما كانت هذه الحقيبة تشتمل عليه من متاع (كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٨٢١) .

(٢) بلانيسول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٦ ص ١٠٦٠ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٨٢ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٣٥ ص ٤٢٢ - ويجوز توجيه اليمين إلى نائب المدعى أو وارثه إذا كان عالماً بقيمة الشيء المدعى به (أنسيكلوبيدى دالوز فى القانون المدنى ؛ لفظ Preuve فقرة ١٢٤١ - فقرة ١٢٤٢) .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وتنصب يمين التقويم على تحديد قيمة الشيء المدعى به . فهى تفترض أن الوفاء بالشيء عينا قد استحالة وإلا كان التقويم عديم الجدوى ، ولذلك لا توجه هذه اليمين إلا للمدعى . وقد تكفل النص بتعيين الشروط الواجب توافرها لقبول يمين التقويم ، فاشترط أولاً أن يكون تحديد القيمة بطريقة أخرى متعذراً ، واشترط كذلك أن يعين القاضى حداً أقصى للقيمة التى يحلف عليها المدعى . وعلة هذا التقييد أن القاضى يركن إلى ذمة المدعى لتقدير قيمة مصالحه الذاتية» ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٥ - ص ٤٦٦) .

ويقرر الفقيهان أوبرى ورو أن القاضى لا يعتبر إلا قيمة الشيء الحقيقية لاقيمته الذاتية بالنسبة إلى المدعى ، ويدخل فى هذا الاعتبار ما أصاب المدعى من ضرر من جراء تفويت الفرصة عليه فى استرداد الشيء عينا (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٨ ص ٣٩٥) . ويجوز للقاضى ، فى تقدير الحد الأقصى الذى يعينه للمدعى للحلف عليه ، أن يلجأ إلى الشهادة بالتسامع (commune renommée) (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٨٠ مكررة - ديمولومب ٣٠ فقرة ٧٢٨ - لوران ٢٠ فقرة ٣٠٢) .

ولكن أحكام هذه اليمين تتفق مع أحكام اليمين المتممة الأصلية في أنها لا يجوز ردها على الخصم الآخر ، وفي أن القاضى لا يتقيد بموجبها . فللقاضى أن يحكم بأقل من المبلغ الذى حلف عليه الخصم أو بأكثر ، لا سيما إذا قدم أحد الخصمين بعد الحلف عناصر جديدة يستطيع القاضى أن يستهدى بها فى تقدير قيمة الشيء . كذلك للمحكمة الاستئنافية أن تنقص أو تزيد فى المبلغ الذى قضت به المحكمة الابتدائية (١) .

ولما كان النص مستحدثاً كما قدمنا ، فلا يكون له أثر رجعى ، وهو لا يسرى بما له من خصائص يختلف فيها عن اليمين المتممة الأصلية ، إلا من ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، عن التزامات بالرد نشأت منذ هذا التاريخ .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٨ ص ٣٩٥ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٦ ص ١٠٦٠ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٨١ .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «أما فيما يتعلق بالحجية فيمين التقويم واليمين المتممة بمنزلة سواء . فيمين التقويم لا تقيد القاضى ، فله أن يقضى بمبلغ أقل من المبلغ المحلوف عليه إذا آنس مبالغة فى تقدير هذا المبلغ» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٦) .

الفصل الثالث

القرائن القانونية وحجية الأمر المقضى

٣٢٠ — موضوعه للبحث : عرض الفصل الثالث فى الإثبات ، من التقنين المدنى ، للقرائن . فتناول القرائن القانونية ، وذكر من بينها حجية الأمر المقضى وارتباط القاضى المدنى بالحكم الجنائى . ثم تناول القرائن القضائية . ولما كنا قد فرغنا من الكلام فى القرائن القضائية فيما تقدم ، وتناولنا موضوع ارتباط القاضى المدنى بالحكم الجنائى فى الجزء الأول من هذا الكتاب (١) ، فلا يبقى للبحث إلا موضوعان :

(١) القرائن القانونية .

(٢) حجية الأمر المقضى ، وهى قرينة من أبرز القرائن القانونية .
ونتناول كلا من هذين الموضوعين .

الفرع الأول

القرائن القانونية

٣٢١ — المقصود القانونى : تنص المادة ٤٠٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« القرينة القانونية تعنى من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات . على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسى ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك (٢) . »

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٦٣١ — فقرة ٦٣٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٤٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق .

وأقرته لجنة المراجعة فأصبح المادة ٤١٧ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة =

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . على أن الأحكام تكاد تكون واحدة في القانونين القديم والجديد ، إلا أن التقنين الجديد حسم الأمر في خصوص القرينة القاطعة أو المطلقة ، فقرر ، كما نرى ، أن القرينة لا تكون قاطعة إلا بنص القانون ، أى إلا إذا نص القانون على أنها لا تقبل النقص .

ويقابل النص في التقنينات العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ٨٩ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٠٢ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادتين ٣٠٣ و ٣٠٦ ، وفي التقنين الليبي المادة ٣٩٢^(١) .
ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادتين ١٣٥٠ و ١٣٥٢^(٢) .

= مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٤ ، فجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦ ؛ وص ٤١٩) .

(انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٦ — ص ٤١٧) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ٨٩ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

التقنين المدني العراقي م ٥٠٢ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٣٠٣ : يراد بالقرينة القانونية القرينة التى يعلّقها القانون على بعض الأعمال والوقائع : (أولاً) الأعمال التى يصرّح القانون ببطالانها بتقدير أنها أجريت خلافاً لأحكامه وبالنظر إلى صفتها فقط . (ثانياً) الأعمال التى يصرّح القانون فى شأنها بأن حق الملكية وإبراء الذمة ناتج عن بعض ظروف معينة . (ثالثاً) القوة التى يمنحها القانون للقضية المحكمة — م ٣٠٦ : إن القرينة القانونية تغنى من تقوم فى مصلحته عن كل بينة . لا تقبل أية بينة ضد القرينة القانونية عندما يستند القانون إلى هذه القرينة فى إبطال بعض الأعمال أو منع التقاضى ، إلا إذا كان القانون قد احتفظ بقبول البينة على العكس أو إذا نتجت هذه البينة عن إقرار أو يمين قضائين فى جميع الأحوال التى لا تختص بالنظام العام .

(والتقنين اللبناني يكاد يطابق فى نصوصه فى هذه المسألة التقنين الفرنسى كما سنرى . ويقرب على كل حال من أحكام التقنين المصرى . ويلاحظ أن التقنين اللبناني أورد فى المواد التالية — م ٣٠٧ — ٣٠٩ — القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية على أساس أن الحيازة هنا قرينة قانونية قاطعة) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٣٩٢ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

(٢) التقنين المدني الفرنسى م ١٣٥٠ : القرينة القانونية هى التى يجعلها نص القانون تتعلق بتصرفات أو وقائع معينة . من ذلك : (١) التصرفات التى يقرر القانون أنها باطلة ، مفترساً أنها أبرمت للاحتيال على أحكامه ، وذلك نظراً لصفاتها وحدها . (٢) الأحوال التى يقرر فيها =

ونتكلم في مسألتين : (١) ركن القرينة القانونية والمهمة التي تقوم بها هذه القرينة (٢) حجية القرينة القانونية في الإثبات .

المبحث الأول

ركن القرينة القانونية والمهمة التي تقوم بها هذه القرينة

٣٢٢ - ركن القرينة القانونية هو نص القانون - القرينة

القانونية والقرينة القضائية : قدمنا ، عند الكلام في القرائن القضائية ، أن للقرينة القضائية عنصرين : (١) واقعة ثابتة يختارها القاضي وتسمى علامة أو أمانة (indice) (٢) وعملية استنباط يقوم بها القاضي ليصل من هذه الواقعة الثابتة إلى الواقعة المراد إثباتها . وقلنا إن هذين العنصرين هما من عمل القاضي : الواقعة الثابتة هو الذي يختارها ، وعملية الاستنباط هو الذي يجريها . وللقاضي سلطة واسعة في كل ذلك .

= القانون أن كسب الملكية أو براءة الذمة تنتج عن بعض ظروف معينة . (٣) الحجية التي يرتبها القانون على الأمر المقضي . (٤) القوة التي يجعلها القانون لإقرار الخصم أو ليمينه - م ١٣٥٢ : القرينة القانونية نفى من تقررت لمصلحته عن أى دليل . ولا يجوز إثبات ما ينقض القرينة القانونية إذا كان القانون يبطل على أساسها بعض التصرفات أو يجعل الدعوى غير مقبولة . هذا ما لم يحفظ القانون الحق في إقامة الدليل العكسي ، وذلك مع عدم الإخلال بما سيتقرر في خصوص اليمين والإقرار القضائيين .

Art. 1350 : La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits ; tels sont : 1° Les actes que la loi déclare nuls, comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité. 2° Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées. 3° L'autorité que la loi attribue à la chose jugée. 4° La force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment.

Art. 1352 : La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe. Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire, et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires.

أما القرينة القانونية فعلى العكس من ذلك لا عمل فيها للقاضي ، بل ان العمل كله للقانون . فركن القرينة القانونية هو نص القانون وحده . فهو الذى يختار العنصر الأول ، أى الواقعة الثابتة . وهو الذى يجرى عملية الاستنباط فيقول : ما دامت هذه الواقعة قد ثبتت ، فان واقعة أخرى معينة تثبت بشبوتها . مثل ذلك ما تنص عليه المادة ٩١ من التقنين المدنى من أن وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه هذا التعبير قرينة على علمه به . فالواقعة التى ثبتت هى وصول التعبير عن الإرادة . ويستنبط منها القانون واقعة أخرى ، هى العلم بهذا التعبير ، يعتبرها القانون هى أيضاً ثابتة . وقس على ذلك القرائن القانونية التى أقامها التقنين المدنى فى المادتين ٢٣٨ و ٢٣٩ وغيرهما من النصوص .

فعنصر القرينة القانونية إذن هو نص القانون ، ولا شىء غير ذلك . ولا يمكن أن تقوم قرينة قانونية بغير نص من القانون . وإذا وجد النص ، فقامت القرينة القانونية ، فانه لا يمكن أن يقاس عليها قرينة قانونية أخرى بغير نص ، اعتماداً على المماثلة أو الأولوية . بل لابد من نص خاص أو مجموع من النصوص لكل قرينة قانونية (١) .

ولا سلطة للقاضي فى القرينة القانونية كما قدمنا . ويغلب أن تكون القرينة

(١) بوتيهه فقرة ٨٣٧ - ديمولومب ٣٠ فقرة ٢٥٢ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٥٣ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٨ ص ١٠١١ وهامش رقم ٣ — على أن القضاء ، فى فرنسا وفى مصر ، لا يتقيد بحرفية هذه المساعدة . فقد يستعير قرينه قانونية ، وضعت فى مكان معين ، لمكان آخر ، وقد فعل ذلك عندما افترض قيام حسن النية دائماً مع أن المشرع لم يفترض حسن النية إلا فى مواضع معينة . ويفترض القضاء ، فى بعض الأحيان ، وجود بعض العناصر التى تقوم عليها القرينة القانونية . فعل القضاء الفرنسى ذلك فى قرينة تسليم السند إلى المدين ، فافترض أن هذا التسليم اختياري . وفعل كل من القضاء الفرنسى والمصرى ذلك فى قرينة المسؤولية عن فعل الحيوان والأشياء ، فافترض أن الضرر قد حدث بفعل الحيوان أو الشئ (انظر بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٩٢) . ويقول حتى فى هذا الصدد أن القرائن القانونية فى أصلها قد نبتت فى تربة العرف والقضاء ، وتحولت لتكون قرائن قانونية . فلا عجب إذا هى بقيت تستمد غذاءها من تربتها الأصلية ، وهى تربة قوية خصبة (حتى فى العلم والصياغة فى القانون الخاص ٣ فقرة ٢٣٥) .

هذا ويعثر الباحث فى نصوص الفقه الإسلامى على طائفة من القرائن الشرعية تعدل القرائن القانونية ، وهى منتشرة فى كتب الفقه . وقد جمع منها الأستاذ أحمد إبراهيم فى كتابه « طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية ص ٤٢٧ » — ص ٤٣٠ جملة صالحة ، منها :

القانونية في الأصل قرينة قضائية ، انتزعها القانون لحسابه ، فنص عليها ، وحدد مداها ، ونظم حجيتها ، ولم يدع للقاضي فيها عملاً O . فالحقيقة القضائية هنا هي من عمل القانون وحده ، يفرضها على القاضي وعلى الخصوم . وذلك على خلاف الحقيقة القضائية المستمدة من القرينة القضائية ، فهي من عمل القاضي (٢) .

ومن هنا تبين خطورة القرائن القانونية . فهي ، وإن كانت تقام على فكرة ما هو راجح الوقوع (idée de probabilité) ، يقيمها القانون مقدماً ، ويعممها ، دون أن تكون أمامه الحالة بالذات التي تطبق فيها كما هو الأمر في القرائن القضائية . ومن ثم تتخلف حالات - تتفاوت قلة وكثرة - لا تستقيم فيها القرينة القانونية (٣) .

= ١ - ثبوت نسب الولد من أبيه وهو الزوج شرعاً ، فالولد للفراش ، وقيام الزوجية قرينة على أن الولد من الزوج . وهذه القرينة تقبل إثبات العكس ، ولكن بطريق خاص هو طريق اللعان .

٢ - الحكم بموت المفقود إذا مات أقرانه ، واتخاذ ذلك قرينة على موته .

٣ - التصرف في مرض الموت قرينة على أن التصرف وصية .

٤ - تصرفات المفلس الضارة بالدائنين مردودة لقيام القرينة على سوء قصده .

٥ - وجود سند الدين تحت يد المدين قرينة ظاهرة على إيفاء المدين . وقد نص على ذلك ابن فرحون في باب القرائن ، وحكى خلافاً في المسألة .

(١) وقد قدمنا أن القرينة القانونية لم تكن في الأصل إلا قرينة قضائية ، عممها القانون بعد أن نظمها (بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ هامش رقم ١ مكرر) ، بل هناك من القرائن القانونية مائز من مرتبته وعاد إلى ما كان عليه قرينة قضائية .

(٢) ويرتب بارتان على ذلك نتيجة هامة في قواعد الإسناد وتنازع القوانين . فالقرينة القانونية تتصل بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً ، ومن ثم تخضع لقانون الموضوع . أما القرينة القضائية فهي من عمل القاضي كما قدمنا ، ولذلك تخضع لقانون القاضي (بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ هامش رقم ١ مكرر) . كذلك إذا أنشأ القانون قرينة قانونية جديدة ، فلا يكون لها أثر رجعي ، إذ هي تتصل بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً ، فهي ككل القواعد الموضوعية لا يجوز أن يكون لها أثر رجعي إلا بنص خاص يقضي بذلك (جنى : العلم والصياغة في القانون الخاص ٣ ص ٣٣٢ - ص ٣٣٤) .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٨ ص ١٠١٠ .

ويعقد جنى مقارنة شيقة بين القرينة القانونية والحيلة في القانون (fiction) . فالقرينة القانونية قاعدة من قواعد الإثبات تقبل في العادة إثبات العكس . ويجعلها القانون في بعض الأحوال لاتقبل إثبات العكس ، بل يقلبها في أحوال أخرى من قاعدة إثبات إلى قاعدة موضوعية فتصبح هي أيضاً غير قابلة لإثبات العكس . ولكنها في كل هذه الأحوال تبقى قائمة على فكرة =

٣٢٣ - قرينة القرينة القانونية هي الاعفاء من الإثبات : وتختلف

القرينة القضائية عن القرينة القانونية في أن الأولى تعتبر دليلاً إيجابياً في الإثبات ، وإن كانت دليلاً غير مباشر . هي أولاً دليل إيجابي : لأن الخصم يتوصل بها إلى إثبات دعواه ، وعليه هو أن يستجمع عناصرها ويلم شتاتها ويتقدم إلى القاضي باستنباط الواقعة المراد استخلاصها منها ، والقاضي بعد حر في مسطرة الخصم ، فقد يسلم بثبوت الواقعة التي هي أساس القرينة وقد لا يسلم ، وقد يقر استنباط الخصم وقد لا يقر ، ولكنه على كل حال ليس ملزماً أن يستجمع هو بنفسه القرائن وأن يستخلص منها دلالتها ، بل على الخصم يقع عبء تقديم القرينة ، وإن كان للقاضي أن يأخذ من تلقاء نفسه بقرينة في الدعوى لم يتقدم بها الخصم . والقرينة القضائية ثانياً دليل غير مباشر : لأن الواقعة الثابتة ليست هي نفس الواقعة المراد إثباتها ، بل واقعة أخرى قريبة منها ومتعلقة بها ، بحيث إن ثبوت الواقعة الأولى على هذا النحو المباشر يعتبر اثباتاً للواقعة الثانية على نحو غير مباشر .

أما القرينة القانونية فهي ليست دليلاً للإثبات ، بل هي اعفاء منه (dispense de preuve) . فالخصم الذي تقوم لمصلحته قرينة قانونية يسقط عن كاهله عبء الإثبات ، إذ القانون هو الذي تكفل باعتبار الواقعة المراد إثباتها

= الراجح الغالب الوقوع (idée de probabilité) . أما الحيلة فتختلف عن القرينة في أنها لا أساس لها من الواقع ، بل هي من خلق المشرع ، فرضها فرضاً حتمياً ، فاستعصت طبيعتها بداهة على قبول إثبات العكس . فهي أقوى من القرينة القانونية ، ولكنها أشد خطراً . ومن ثم لا يلجأ إليها المشرع إلا حيث تضيق القرينة القانونية . ويأتي جنحاً بأمثلة على ما قدمه : حجية الأمر المقضي قامت على قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس ، بل هي في الواقع قد تحولت إلى قاعدة موضوعية ، ولكنها بقيت قائمة على فكرة الراجح الغالب الوقوع . كذلك مسئولية رب العمل عن سلامة العمال ، وهي قائمة على تحمل التبعة ، خرجت عن أن تكون قرينة إلى أن تكون قاعدة موضوعية ، ولكنها هي أيضاً بقيت قائمة على فكرة الراجح الغالب الوقوع . أما القاعدة التي تقضي بأنه لا يفترض الجهل بالقانون (nul n'est censé ignorer la loi) ، فهي قاعدة لا تقوم على الراجح الغالب الوقوع ، بل تقوم على الحيلة (fiction) ، إذ يفرض المشرع فرضاً حتمياً أن الشخص عالم بأحكام القانون ، لا يقبل في ذلك عذراً ، حتى تستقيم أمور نظمها بقاعدة تقوم على الحيلة ، وتضيق بها القرينة . (جنح في العلم والصياغة في القانون الخاص ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٣٨٩ - ص ٣٩٠) .

ثابتة بقيام القرينة ، وأعني الخصم من تقديم الدليل عليها . وتستوى في ذلك القرينة القانونية القاطعة والقرينة القانونية البسيطة ، فسرى أن القرينة القانونية البسيطة هي أيضاً إعفاء من الإثبات ، وأن جواز إقامة الدليل على عكسها ليس إلا نزولاً على أصل من أصول الإثبات يقضى بجواز نقض الدليل بالدليل .

والقرينة القانونية تعني من الإثبات في الدائرة التي رسمها لها القانون ، ولو في تصرف قانوني تزيد قيمته على عشرة جنهات ، أى في دائرة لا تقبل فيها القرينة القضائية .

٣٢٤ - ولكن يجب على الخصم إثبات الواقعة التي تقوم عليها

القرينة القانونية : على أن القرينة القانونية إذا كانت إعفاء من إثبات الواقعة المراد إثباتها ، فهي ليست إعفاء من إثبات الواقعة التي تقوم عليها القرينة ، والتي يعتبر القانون أن إثباتها هو إثبات للواقعة الأولى .

مثل ذلك أن التقنين المدني ، في المادة ٥٨٧ ، يقضى بأن الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط . فالقانون هنا أقام قرينة قانونية على واقعة الوفاء بقسط سابق من الأجرة ، وأقامها على واقعة الوفاء بقسط لاحق . فواقعة الوفاء بقسط سابق هي الواقعة المراد إثباتها ، وقد اعتبرها القانون ثابتة وأعني المستأجر من إثباتها . وواقعة الوفاء بقسط لاحق هي الواقعة التي تقوم عليها القرينة ، ولم يعف القانون المستأجر من إثباتها ، بل يجب على هذا أن يثبتها وفقاً للقواعد العامة^(١) . فان كان القسط اللاحق لا يزيد على عشرة جنهات كان للمستأجر أن يثبت الوفاء به بجميع الطرق ، وإن زاد على هذا المبلغ لم يحز لإثبات الوفاء به إلا بالكتابة .

(١) وفي هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « ولا يعد موقف من يتمسك بقرينة عن مجرد الاستناد إلى واقعة قانونية ، يفترض القانون قيامها ، ويقبل بذلك من تحمل عبء إقامة الدليل عليها . بيد أن هذه الإقالة لا تتناول إلا تلك الواقعة ممثلة في القرينة القانونية ذاتها ، بمعنى أن من واجب من يتمسك بقرينة من القرائن أن يقيم الدليل على اجتماع الشروط التي يتطلبها القانون لقيامها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٧) . انظر أيضاً بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٥٩ .

٣٢٥ — فالقرينة القانونية هي نقل الإثبات من محل إلى آخر :

ونرى من ذلك أن القرينة القانونية ليست في الواقع إلا نقلاً للإثبات من محله الأصلي إلى محل آخر (déplacement de preuve) . فالواقعة المراد إثباتها — وهي المحل الأصلي — يزحزح القانون عنها الإثبات ، ويحوله إلى واقعة أخرى قريبة منها . فإذا ثبتت هذه الواقعة الأخرى ، اعتبرت الواقعة الأولى ثابتة بحكم القانون .

٣٢٦ — المحكمة في القرائن القانونية : وترجع المحكمة في النص على

القرائن القانونية إلى أمور ، منها ما يتعلق بالمصلحة العامة ، ومنها ما يتعلق بمصالح الأفراد .

أما ما يتعلق بالمصلحة العامة ، فقد يكون ذلك :

(١) لتحقيق هذه المصلحة ، كما هو الأمر في حجية الأمر المقضي . فقد وضع الشارع قرينة قانونية تقضي بأن الحكم صحيح فيما قضى به ، فلا تجوز العودة إلى مناقشته إلا بطريق من طرق الطعن المقررة . ولو لم يفعل الشارع ذلك لأصبحت الأحكام القضائية مقلقلة مزعزعة ، ولما اطمأن المحكوم له إلى حقه الثابت بالحكم ، فوجب وضع هذه القرينة القانونية تحقيقاً لمصلحة عامة ، هي احترام الأحكام ووضع حد للخصومة والنزاع .

(٢) لتضييق السبل على من يحاول الاحتيال على القانون . ذلك أن القانون قد يضع أحكاماً يعتبرها من النظام العام ، ويحتاط حتى لا تخالفها الناس في تعاملها ولو بطريق غير مباشر ، فيضع قرائن قانونية تبطل ضرورياً من التعامل تراد بها مخالفة هذه الأحكام . مثل ذلك القاعدة التي تقضي بأن الوصية لا يجوز أن تزيد على ثلث التركة ، قد تحتال الناس على مخالفتها بتسمية الوصية بيعاً أو هبة أو أي تصرف قانوني آخر . فوضع الشارع قرينة قانونية ، في المادة ٩١٦ من التقنين المدني ، تقضي بأن « كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ، ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف » . فجعل صدور التبرع

في مرض الموت قرينة على أن التبرع وصية^(١).

وأما ما يتعلق بمصالح الأفراد ، فقد يكون ذلك :

(١) لتعذر الإثبات في بعض الأحوال تعذراً قد يصل إلى درجة الاستحالة ، فيعتمد الشارع إلى وضع قرينة تعنى من هذا العيب . مثل ذلك مسئولية المتبوع عن تابعه ، فهي — كما يقال — مبنية على خطأ مفترض : علاقة التبعية وكون خطأ التابع قد وقع في حال تأدية وظيفته أو بسببها قد جعلهما الشارع قرينة قانونية على الخطأ الصادر من المتبوع في الرقابة على أعمال تابعه ، لتعذر إثبات هذا الخطأ في أكثر الأحوال . ومثل ذلك أيضاً القاعدة التي تقضى بأن الولد للفراش ، فإن المرأة المتزوجة هو ابن زوجها ، والزوجة قرينة قانونية على بنوة الابن لأبيه ، لتعذر إثبات البنوة من الأب^(٢).

(٢) للأخذ بالمألوف المتعارف بين الناس . فإذا جعل الشارع المخالصة بالأجرة عن قسط لاحق قرينة على الوفاء بالقسط السابق ، فذلك لأن المألوف بين الناس في التعامل هو أن المؤجر لا يعطى المستأجر مخالصة عن قسط لاحق إلا بعد أن يكون قد استوفى جميع الأقساط السابقة^(٣).

المبحث الثاني

حجية القرينة القانونية في الإثبات

٣٢٧ — القرينة القانونية القاطعة والقرينة القانونية غير القاطعة :

قدمنا أن القرينة القانونية هي إعفاء من الإثبات . فالخصم الذي تقوم القرينة القانونية لصالحه معنى من إثبات الواقعة التي يستخلصها القانون من هذه القرينة .

(١) وسرى فيما يلي أن الأمر هنا إنما يتعلق بقاعدة موضوعية ، لا بقرينة قانونية .
(٢) وهنا أيضاً نساير بعض الآراء الذائعة في الفقه ، وإلا فإن مسئولية المتبوع عن التابع إنما هي مسئولية عن الغير ، وليست تقوم على خطأ مفترض . وهي القاعدة التي تقضى بأن الولد للفراش من القواعد الموضوعية ، لا من قواعد الإثبات . وسرى ذلك فيما يلي .
(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٧٠٠ — قارن جنى (Gény) في العلم والصياغة في القانون الخاص جزء ٣ فقرة ٢٣٣ .

ولكن لما كان الأصل هو أن كل دليل يقبل لإثبات العكس ، فالدليل الكتابي يقبل لإثبات العكس بدليل كتابي مثله ، والبيئة تقبل لإثبات العكس بيئته مثلها أو بدليل كتابي ، والقرائن القضائية تقبل لإثبات العكس بقرائن مثلها أو بيئته أو بدليل كتابي ، وذلك كله وفقاً لمبدأ أساسى فى الإثبات هو حرية الدفاع ، (liberté de défense) ، فان هذا يؤدى بنا إلى النتيجة الآتية : كل قرينة قانونية — وقد أثبتت واقعة معينة — تقبل فى الأصل لإثبات عكس هذه الواقعة ^(١) وإذا كان الدليل الكتابي والبيئة — وهما يثبتان الواقعة بطريق مباشر — يقبلان لإثبات العكس ، فأولى بالقرينة القانونية — وهى تقتصر على الإعفاء من الإثبات — أن تقبل هى الأخرى لإثبات العكس ^(٢) .

ويتبين من ذلك أن الأصل فى القرينة القانونية أن تكون غير قاطعة ،

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « والأصل أن كل قرينة قانونية يجوز نقض دلالتها بإثبات العكس . وقد حرص المشروع على إبراز هذا الأصل ، ولو أن نصوص التقنيات الأجنبية لا تجزم به فى عبارة صريحة . بل إن التزام ظاهر هذه النصوص يوحى على نقيض ذلك أن الأصل ، فى منطقتها ، أن تكون القرائن قاطعة ، وأن البساطة فيها ليست سوى مجرد استثناء . بيد أن أمثال تلك النصوص ونظيرها فى المشروع الفرنسى الإيطالى (المادة ٣٠٤) لاتواجه إلا طائفة خاصة من القرائن القانونية ، وهى التى يرتب القانون على قيامها بطلان بعض التصرفات أو نفى حق التقاضى . وقد يكون فى حظر نقض دلالة هذه الطائفة الخاصة من القرائن القانونية من طريق إقامة الدليل العكسى ما يفيد أن الأصل ، فيما عدا هذا الحظر الذى خص بالنص ، أن تكون القرائن بسيطة ، وأن يباح إقامة الدليل على خلاف دلالتها . ثم إن المشاهد أن القرائن البسيطة بوجه عام أكثر عدداً من القرائن القاطعة ، وإزاء ذلك تكون بساطة القرينة هى القاعدة . على أن القواعد العامة فى الإثبات تهض لتوجيه هذا الأصل . ذلك أن الدليل الكتابي يجوز نقضه إما بطريق الطعن بالتزوير وإما بإقامة الدليل العكسى ، والقرينة القانونية ليست إلا حجة يقيمها الشارع ، فإذا لم يقم الدليل بوجه عام على صحة هذه الحجة ، فهى لا تعدو أن تكون احتمالاً يصح فيه الخطأ فى بعض الأحوال . ولذلك يكون الأصل هو جواز إقامة الدليل العكسى لنفى القرينة ، فيما عدا الأحوال التى ينص فيها القانون صراحة على عدم جواز ذلك والأحوال التى تؤسس فيها القرينة على النظام العام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٧ - ص ٤١٨) .

(٢) ومعنى إثبات العكس هنا هو إثباته فى الحالة الخاصة التى يكون الخصم بصدها . وإلا فإنه لا يجوز إثبات عكس القرينة فى عمومها ، وبوصفها قاعدة تشريعية ، فإن هذا الإثبات معناه إلغاء التشريع ذاته الذى أقام القرينة القانونية ، ولا يلغى التشريع إلا بتشريع مثله (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ هامش رقم ٧) .

أى أنها تقبل إثبات العكس . فإذا هى لم تقبل إثبات العكس ، فذلك هو الاستثناء (١) .

فتى إذن نعتبر استثناء أن القرينة قاطعة ؟ يقودنا هذا إلى الكلام فى القرينة القاطعة ثم فى القرينة غير القاطعة .

المطلب الأول

القرينة القانونية القاطعة أو المطلقة

(présomption irréfragable, absolue, juris et de jure)

٣٢٨ — التقنين المدنى الفرنسى : حاول التقنين المدنى الفرنسى أن يضع معياراً للقرينة القانونية القاطعة ، فنص فى الفقرة الثانية من المادة ١٣٥٢ على أنه « لا يجوز إثبات ما ينقض القرينة القانونية إذا كان القانون يبطل على أساسها بعض التصرفات أو يجعل الدعوى غير مقبولة ، هذا ما لم يحفظ القانون الحق فى إقامة الدليل العكسى ، وذلك مع عدم الإخلال بما سيتقرر فى خصوص التمين والإقرار القضائين » .

ويمثل الفقهاء الفرنسيون للقرينة القانونية التى يبطل القانون على أساسها تصرفاً قانونياً بالمادة ٩١١ من التقنين المدنى الفرنسى ، وتنص على أن « كل تبرع صادر لعديم الأهلية يكون باطلاً ، سواء ستر فى صورة عقد معارضة أو صدر لشخص مسخر (personne interposée) . ويعتبر شخصاً مسخراً لعديم الأهلية أبوه وأمه وأولاده وفروعه وزوجه » . فهنا يبطل القانون تصرفاً قانونياً على أساس قرينة قانونية . إذ الهبة تكون باطلة إذا صدرت لعديم الأهلية . ويقم القانون قرينة قانونية ، إذا صدرت الهبة لأحد من أقارب عديم الأهلية المذكورين فى النص ، على أن الصادر له الهبة هو شخص مسخر لعديم الأهلية ، وتكون الهبة قد صدرت فى الواقع من الأمر لعديم الأهلية نفسه ، ومن ثم تكون باطلة .

(١) فى هذا المعنى حتى فى عهد التقنين المدنى السابق الذى لم يشتمل على نص صريح فى المسألة : الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٢٧٢ — ص ٢٧٤ — قارن الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ٢ فقرة ٦١٨ .

فالقريئة القانونية التي نص عليها القانون قد أبطل على أساسها تصرفاً قانونياً هو عقد الهبة . ولذلك تكون هذه القرينة قاطعة لا تقبل لإثبات العكس ، فلا يجوز للشخص المسخر (الاسم المستعار) الذي تلقى الهبة أن يثبت أنه ليس شخصاً مسخراً لعدم الأهلية وأنه هو المقصود حقيقة بالهبة (١) . ويمثلون أيضاً بالمادة ٤٧٢ من التقنين المدني الفرنسي ، وتنص على أن « كل تعامل بين الوصى والقاصر بعد بلوغه سن الرشد يكون باطلاً إذا لم يسبقه تقديم حساب مفصل مصحوب بالسندات المؤيدة له ، ويكون كل هذا ثابتاً بإيصال من ذى الشأن قبل التعامل بعشرة أيام على الأقل » . فالقانون هنا أبطل تصرفاً قانونياً ، هو التعامل ما بين الوصى والقاصر بعد بلوغه سن الرشد ، على أساس قرينة قانونية ، هي العلاقة القائمة ما بين الوصى ومحجوره السابق دون أن يقدم له الوصى حساباً مفصلاً عن إدارته لأمواله ، وفي هذا مظنة استغلال الوصى لمحجوره السابق في التعامل الذي جرى بينهما قبل تقديم الحساب . فتكون القرينة القانونية قاطعة لا تقبل لإثبات العكس ، ولا يجوز للوصى أن يثبت أن التعامل الذي تم كان تعاملًا جدياً لا استغلال فيه .

ويمثل الفقهاء الفرنسيون للقرينة القانونية التي يجعل القانون على أساسها الدعوى غير مقبولة بحجة الأمر المقضى وبالتقدم وتسليم سند الدين للمدين . فحجة الأمر المقضى تقوم على قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس ، لأن الدعوى التي تدفع بهذه الحجة لا يجوز سماعها . والتقدم يقوم على قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس ، لأن الدعوى تكون غير مقبولة إذا دفعت بالتقدم . وتسليم الدائن باختياره سند الدين للمدين قرينة على براءة ذمة المدين ، والقرينة قاطعة لا تقبل لإثبات العكس ، لأن الدائن إذا رفع دعوى على مدينه بعد أن سلمه سند الدين ، ودفع المدين بهذه القرينة ، تكون الدعوى غير مقبولة . ومن ثم لا يجوز للمحكوم عليه ، في حجة الأمر المقضى ، أن يثبت أن الحكم الذي يحتاج عليه به غير صحيح . ولا يجوز للدائن ، في التقدم ، أن يثبت أن الدين

(١) انظر أيضاً المادة ١١٠٠ من التقنين المدني الفرنسي في تسخير أشخاص معينين في الهبة ما بين الزوجين . وانظر في هذه المسألة ديكوتينييس (Decottignies) في القرائن في القانون الخاص باريس سنة ١٩٥٠ ص ١٠١ - ص ١٠٣ .

موجود بالرغم من تقادمه . ولا يجوز للدائن ، في تسليم سند الدين ، أن يثبت عدم براءة ذمة المدين بالرغم من تسلمه للسند .

ويخلص مما تقدم أن القانون إذا أبطل تصرفاً قانونياً أو جعل الدعوى غير مقبولة على أساس قرينة قانونية ، كانت هذه القرينة غير قابلة لإثبات العكس^(١).

٣٢٩ - انتقاد التقنين الفرنسى : وهذا المعيار الذى اختاره التقنين

المدنى الفرنسى للقرينة القانونية القاطعة كان محل انتقاد شديد من الفقهاء الفرنسيين ، وبخاصة من جنى (Gény) فى كتابه المعروف : العلم والصياغة فى القانون الخاص^(٢).

فيقول عن الشق الأول من المعيار - إبطال التصرف القانونى على أساس القرينة القانونية - انه لا يعبر بأمانة عن الغرض الحقيقى للمشرع . فقد أراد هذا أن يجعل القرينة قاطعة ليسد بها السبيل على ضروب التحايل للخروج على نواهى القانون المبنية على النظام العام^(٣). وهناك صلة وثيقة بين ما ورد عن إبطال التصرف فى المادة ١٣٥٠ وما ورد عن ذلك فى المادة ١٣٥٢ . فقد ذكرت المادة ١٣٥٠ صراحة فى هذا الصدد التصرفات التى يقرر القانون أنها باطلة مفترضاً أنها أبرمت للاحتيال على أحكامه ، وهذا هو عين ما قصد إليه بذكره إبطال التصرف فى المادة ١٣٥٢ .

وأما عن الشق الثانى من المعيار - جعل الدعوى غير مقبولة على أساس القرينة القانونية - فيقول جنى ان المقصود بهذا المعيار أن يكون هناك دفع يمنع

(١) وقد استدركت المادة ١٣٥٢ من التقنين الفرنسى بأن استثنت حالة ما إذا كان القانون قد حفظ الحق فى إقامة الدليل العكسى . ويمثل الفقهاء أوبرى ورو على هذه الحالة المستثناة بالمادة ١٢٨٣ من التقنين الفرنسى ، وتنص على أن « تسليم الصورة التنفيذية للسند تسليماً اختيارياً يفيد الإبراء أو الوفاء ، ما لم يقيم الدليل على العكس » . فهنا يجعل القانون الدعوى غير مقبولة على أساس قرينة قانونية ، فكان ينبغى أن تكون هذه القرينة غير قابلة لإثبات العكس ، ولكن القانون نص صراحة على جواز ذلك . ولا يوجد ، فى التقنين الفرنسى ، مثل القرينة القانونية يبطل القانون على أساسها تصرفاً قانونياً وينص القانون مع ذلك على أنها قابلة لإثبات العكس (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ هامش رقم ١٠) .

(٢) انظر بنوع خاص فى هذا الموضوع : جنى فى العلم والصياغة ، ص ٣٠٦ .

الثالث فى القرائن . ديكو تينيس فى القرائن فى القانون الخاص .

(٣) جنى فى العلم والصياغة ٣ ص ٣٠٦ .

من الدخول في موضوع الدعوى فترفض على هذا الأساس ، لا ألا ترفع الدعوى أصلاً فإن أية دعوى ترفع يجب نظرها وإلا كان هذا إنكاراً لأداء العدالة . ولما كان الدفع بأية قرينة قانونية - قاطعة كانت أو غير قاطعة - يؤدي إلى عدم الدخول في الموضوع والوقوف عند هذه القرينة ، كان هذا المعيار إن فهم على المعنى الأول يتناول كل القرائن القانونية القاطعة وغير القاطعة دون تمييز فيما بينها ، وإن فهم على المعنى الثاني فإنه لا يتناول شيئاً منها على الإطلاق^(١).

٣٣٠ - الرأي الصحيح : والرأي الذي يبدو صحيحاً ، ويتجه إليه الفقه

الفرنسي المعاصر ، في معيار القرائن القانونية القاطعة يمكن بسطه على النحو الآتي :

الأصل أن تكون القرينة القانونية غير قاطعة ، فتقبل لإثبات العكس ، وهذا شأن كل دليل ينظمه القانون . ولكن هناك قرائن أقامها المشرع لاعتبارات هامة خطيرة ، يحرص كل الحرص على عدم الإخلال بها ، ومن ثم يجعل هذه القرائن غير قابلة لإثبات العكس حتى يستقيم له غرضه . ولا يرجع ذلك ضرورة إلى أن القرينة القانونية القاطعة هي أكثر انطباقاً على الواقع من غيرها ، بل يرجع لاعتبارات يستقل بتقديرها المشرع ، فهو وحده الذي وضع القرينة القانونية ، وهو وحده الذي يقدر ما إذا كان يجعلها غير قابلة لإثبات العكس . ومن ثم كان واجباً على المشرع عندما يقيم قرينة قانونية ، ويريد أن يحكم تشريعه ، أن ينظر ما إذا كانت الاعتبارات التي اقتضت النص على هذه القرينة هي من الأهمية والخطورة بحيث تستوجب أن تبقى القرينة قائمة في جميع الأحوال ، فعند ذلك ينص على عدم جواز إثبات العكس . فان سكت عن ذلك ، كانت القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس رجوعاً إلى الأصل^(٢) .

(١) جنى في العلم والصياغة ٣ ص ٣٠٧ - ص ٣٩٩ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٩٤ ص ٣٨٢ - ص ٣٨٣ .

(٢) ويقول جنى في هذا المعنى أن المشرع الحكيم عندما يقيم قرينة قانونية ينبغي في الأصل أن يجعلها قابلة لإثبات العكس . فالقرينة القانونية دليل يقوم على الراجح الغالب الوقوع لا على التأكيد المطلق ، فيجب إفساح المجال لمن قامت ضده القرينة أن يثبت أن حالته لا تندرج تحت =

٣٣١ - التقنين المدني المصري : وهذا هو عين ما فعله المشرع المصري في التقنين المدني الجديد . إذ نص ، كما رأينا ، في المادة ٤٠٤ على أنه « يجوز نقض هذه القرينة (أى القرينة القانونية) بالدليل العكسي ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك »

والسياسة التشريعية التي جرى عليها المشرع المصري في التقنين المدني الجديد هي أنه عندما يقف عند قرينة قانونية يريد جعلها قاطعة لا تقبل لإثبات العكس ينص على ذلك ، وإن كان النص يأتي بطريق غير مباشر . فعل ذلك في القرائن القانونية على الخطأ التي تقوم عليها المسؤولية عن الحيوان والمسئولية عن الأشياء والمسئولية العقدية ومسئولية المستأجر عن الحريق .

فقد نصت المادة ١٧٦ على أن « حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه » . فأقام المشرع مسؤولية حارس الحيوان على قرينة قانونية تفيد خطأ الحارس ، ولم يسمح للحارس أن يزحزح المسؤولية عن عاتقه إلا بإثبات السبب الأجنبي . ومقتضى هذا أن الحارس - وقوام مسئوليته الخطأ والضرر وعلاقة السببية فيما بينهما - يستطيع أن ينفي علاقة السببية بإثبات عكسها وهو السبب الأجنبي ، ولا يستطيع أن ينفي الخطأ لأن قرينته القانونية غير قابلة لإثبات العكس . وعلى هذا المنوال جرى في المسؤولية عن الأشياء (م ١٧٨) ، وفي المسؤولية العقدية (م ٢١٥) ، وفي

= هذا الراجح الغالب الوقوع ، فإذا ما أراد المشرع أن يجعل القرينة غير قابلة لإثبات العكس ، فلا بد أن يكون عنده من الأسباب الجوهرية ما يدعوه إلى إقفال الباب دون نقض القرينة ، وقلب الراجح الغالب الوقوع إلى التأكيد المطلق ، حتى يجعل القرينة تسيطر في كل حالة دون أن يمكن دحضها . ثم ينبغي إلى جانب ذلك أن ينص المشرع على أن القرينة لا تقبل لإثبات العكس ، كما فعل المشرع الألماني في المادة ٢٩٢ من تقنين المرافعات . وينبغي حتى على المشرع الفرنسي إنه لم يخطط هذه الخطوة ، بل لجأ إلى معيارين ينطويان على درجة كبيرة من الإبهام والغموض . ثم يقول إن هذا الغموض قد أفسح المجال للقضاء والفقه في تفسير النصوص بما يتفق مع القواعد الصحيحة ، فتكون القرينة قاطعة أو غير قاطعة تبعاً للاعتبارات التي حملت المشرع على إقامتها (حتى في العلم والصياغة في القانون الخاص جزء ٣ ص ٢٩٨ - ص ٣٠١ وص ٣٠٩ - ص ٣١٢ - وانظر أيضاً في هذا المعنى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٩ ص ١٠١٢) .

مسئولية المستأجر عن الحريق (م ٥٨٤)^(١).

بل إن التقنين المصرى كثيراً ما ينص على أن قرينة قانونية معينة قابلة لإثبات العكس ، فى غير ضرورة ، إذ هى قابلة لإثبات العكس ولو لم ينص على ذلك ، رجوعاً إلى الأصل كما قدمنا . ولكنه يفعل ذلك منعاً للبس . نص فى الفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ على أن « يستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية » . فأقام مسؤولية المكلف بالرقابة على قرينة قانونية تفيد الخطأ ، ولكنه نص على جواز نفي الخطأ بإثبات عكس هذه القرينة ويكفى لذلك أن يثبت المكلف بالرقابة أنه قام بواجبه فى هذا الصدد . ونص فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ على أن « كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك » . ونص فى المادة ٩١ على أن « ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك » . وهو بعد أن نص على أن وصول التعبير قرينة على العلم وأن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، لم ير حاجة فى أن يعود إلى النص على جواز إثبات العكس ، بعد أن زال كل لبس فى ذلك ، عندما عرض للتعاقد ما بين الغائبين فى المادة ٩٧ ، فنص فى الفقرة الثانية من هذه المادة على أن « يفترض أن

(١) وسنرى فيما يلى أن كثيراً مما يوصف بأنه قرينة قانونية قاطعة كحجية الأمر المقضى والتقدم ، ليس فى الواقع إلا قواعد موضوعية . ويبقى معدوداً فى القرائن القانونية القاطعة هذه القرائن الأربع . وهى كلها مسئوليات يقيمها القانون على قرينة الخطأ . ويمكن التساؤل عما إذا كان من الجائز ، عندما يفرض المشرع الخطأ فى جانب المسئول ، أن يقفل فى وجهه الباب فلا يستطيع أن يثبت أنه لم يخطئ . وهذا مادعا طائفة من الفقهاء أن يعدلوا عن فكرة الخطأ المفروض إلى فكرة الخطأ الثابت . فالمسئولية عن الحيوان وعن الأشياء وعن حريق العين المؤجرة إنما تقوم على خطأ ثابت فى الحراسة (faute dans la garde) . والمسئولية العقدية إنما تقوم ، فى حالة الالتزام العقدى بتحقيق غاية وهى الحالة التى تعيننا ، على خطأ ثابت ، إذ أن عدم تحقيق الغاية المتعاقد عليها هى هذا الخطأ نفسه ، أياً كانت الأسباب التى أدت إلى عدم تحقيق هذه الغاية (انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٢٨ و فقرة ٧٠٨ و فقرة ٧٣٥ - وقارن ديكوتينيس فى القرائن فى القانون الخاص فقرة ٥٩ و فقرة ٦١) .

الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا
القبول^(١) .

وإذا وقفنا عند مسئولية المتبوع عن تابعه ، فرأينا الفقرة الأولى من المادة ١٧٤
تنص على أن « يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير
المشروع ، متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها » ، ولم ير المشرع
ينص على عدم جواز إثبات العكس ، فلا نتوهم أننا أمام قرينة قانونية لم ينص
المشرع على عدم جواز إثبات عكسها ، فتكون قابلة لإثبات العكس . فسرى
أن مسئولية المتبوع عن التابع إنما هي قاعدة موضوعية ، وليست قائمة على قرينة
قانونية ، والأصل في القواعد الموضوعية أنها لا تقبل إثبات العكس . كذلك
التقادم ، مكسباً كان أو مسقطاً ، لا حاجة فيه إلى النص على عدم جواز إثبات
العكس ، لأن الأمر فيه أمر قاعدة موضوعية لا أمر قرينة قانونية^(٢) . وسنعود
إلى هذه المسألة ببيان أوفى .

٣٣٢ - القرينة القانونية القاطعة يجوز دحضها بالافرار واليمين:

وإذا قلنا ان القرينة القانونية القاطعة لا تقبل إثبات العكس ، فليس معنى
ذلك أنها لا تدحض أبداً . ذلك أن عدم القابلية للدحض لا يكون إلا للقواعد
الموضوعية على ما سئرى . أما القرائن القانونية ، ولو كانت قاطعة ، فهي قواعد

(١) ومن النصوص التي تقيم قرائن قانونية غير قاطعة وتذكر مع ذلك جواز إثبات العكس :
المادة ١٧٧ التي تنص على مسئولية حارس البناء ، والمادة ٢٣٨ التي تقيم قرائن قانونية غير
قاطعة في الدعوى البولصية ، والمادة ٢٣٩ التي تقيم قرينة قانونية غير قاطعة على إفسار المدين ،
والمادة ٨١٧ التي تجعل من كون الحائط فاصلاً ما بين بنائين قرينة قانونية غير قاطعة على أن الحائط
مشترك ، والفقرة الثالثة من المادة ٩١٦ التي تجعل من صدور التصرف في مرض الموت قرينة
قانونية غير قاطعة على أن المقصود به التبرع ، والمادة ٩١٧ التي تجعل الاحتفاظ في التصرف
لأحد الورثة بحياسة العين وبالحق في الانتفاع قرينة غير قاطعة على أن التصرف مضاف إلى ما بعد
الموت ، والمادة ٩٦٣ التي تجعل الحياسة المادية قرينة غير قاطعة على الحياسة القانونية ،
والمادة ٩٦٤ التي تجعل الحياسة القانونية قرينة غير قاطعة على الملكية ، والمادة ٩٦٥ التي تقيم
قرينة غير قاطعة على حسن النية في الحياسة ، والمادة ٩٦٧ التي تقيم قرينة غير قاطعة على احتفاظ
الحياسة بالصفة التي بدأت بها .

(٢) وسئرى ، على العكس من ذلك ، أن التقادم المسقط بسنة واحدة في حقوق عينها
المادة ٣٧٨ إنما يقوم على قرينة قانونية قاطعة ، لا على قاعدة موضوعية .

إثبات . وأيا كانت المرتبة التي أرادها المشرع لها في القطع والحسم ، فهي لا تستعصى على أن تدحض بالإقرار واليمين ، ما دام المشرع قد شاء أن يبقها في حظيرة قواعد الإثبات ، ولم يرق بها إلى منزلة القواعد الموضوعية . وقد نص على ذلك صراحة التقنين المدني الفرنسي في المادة ١٣٥٢ ، إذ قضى بعدم جواز إثبات ما ينقض القرينة القانونية القاطعة « مع عدم الإخلال بما سيتقرر في خصوص اليمين والإقرار القضائيين » . وجمهرة الفقهاء في فرنسا يفسرون هذا النص بأن إثبات عكس القرينة القانونية القاطعة لا يجوز إلا عن طريق الإقرار أو اليمين ^(١) . وهذا الحكم يسرى أيضاً في القانون المصري دون نص صريح ، وقد انعقد عليه الإجماع ^(٢) . ذلك أن القرينة القانونية القاطعة لا تزال دليلاً من أدلة الإثبات ، بل هي لا تعدو أن تكون دليلاً سلبياً إذ تقتصر على الإعفاء من الإثبات كما قدمنا . فاذا نقضها من تقرر لمصلحته بإقراره أو يمينه ، فقد دحضها ، ولم يعد هناك محل لإعفائه من إثبات لم يقبل هو أن يعنى نفسه منه .

وينبني على ذلك أن المسئول مسئولية قائمة على قرينة قانونية قاطعة — كما في المسئولية عن الحيوان وعن الأشياء والمسئولية العقدية ومسئولية المستأجر عن الحريق — لا يستطيع أن يثبت عكس هذه القرينة كما قدمنا ، ولكنه يستطيع دحضها بإقرار يصدر من خصمه أو يمين يوجهها إلى هذا الخصم فينكل ^(٣) .

وقد نصت المادة ٣٧٨ فقرة أولى من التقنين المدني على حقوق تتقدم بسنة

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ ص ١٠٤ وهامش رقم ١١ — لوران ١٩ فقرة ٦٢١ — بونيه فقرة ٧٤٤ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢١٨٣ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥١ ص ١٠١٣ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٩٥ — چنى في العلم والصياغة ٣ ص ٢١٢ — ديكوينييس في القرائن في القانون الخاص فقرة ٥٣ — فقرة ٥٥ .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٧٠١ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٦٢٣ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٦٣ — الأستاذ عبد الباسط جميعي في الإثبات فقرة ١٠٢ ص ١٠٦ — ص ١٠٧ .

(٣) وهذا أمر لا يقع في العمل . ومن ثم يرجح ما قدمناه من أن المسئولية عن الحيوان وعن الأشياء وعن الحريق لا تقوم على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس ، بل على خطأ ثابت هو الخطأ في الحراسة . كذلك المسئولية العقدية تقوم على خطأ ثابت هو عدم تحقيق الغاية التي التزم المتعاقد بتحقيقها .

واحدة ، ثم أضافت الفقرة الثانية من هذه المادة أنه «يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلاً...». وهذا يدل على أن المشرع قد جعل هذا التقادم القصير قائماً على قرينة قانونية قاطعة تفيد الوفاء بالحق، ومن ثم أجاز دحض هذه القرينة بالنكول عن اليمين ، فيجوز من باب أولى دحضها بالإقرار (١).

٣٣٣ — ما لا يجوز دحضه بالإقرار أو اليمين لبس من القرائن

القانونية بل هو من القواعد الموضوعية : على أن الفقه الفرنسي يذهب إلى أن القرينة القانونية القاطعة إذا كانت قائمة على اعتبارات روعيت فيها المصلحة العامة ، كحجية الأمر المقضي والتقادم ، فإنه لا يجوز دحضها ، حتى بالإقرار أو اليمين ، لأن هذين الطريقتين لا يجوز قبولهما فيما هو معتبر من النظام العام كما قدمنا (٢). فيبقى الحكم قرينة قاطعة على ما قضى به ، حتى لو أقر من صدر الحكم لمصلحته بأنه حكم خاطيء . ويبقى الحق مقضياً أو مكسوباً بالتقادم ، حتى لو أقر من تم التقادم لمصلحته بأن الحق لم يقض أو لم يكسب ، وذلك فيما عدا التقادم المسقط بسنة واحدة الذي تقدم ذكره عند من يراه قائماً على قرينة قانونية (٣).

(١) وذلك سواء اعتبرنا اليمين حاسمة أو متممة ، فالنكول عنها في كلا الاعتبارين يكون دحضاً للقرينة . قارن ديكوتينيس في القرائن في القانون الخاص فقرة ٥٥ ص ١٣١ - ص ١٣٤ . أما غير ذلك من ضروب التقادم المسقط ، وكذلك التقادم المكسب ، فيقوم على قواعد موضوعية لا على قرائن قانونية كما سنرى .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ ص ١٠٤ - ديمولومب ٣٠ فقرة ٢٧٧ - لوران ١٩ فقرة ٦٢١ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٦٤ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥١ ص ١٠١٣ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٩٥ ص ٣٨٤ - ص ٣٨٥ .

وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٨ . (٣) وإذا سلمنا جدلاً بأن هناك قرائن قانونية قاطعة لا تقبل الدحض حتى بالإقرار أو اليمين ، وهى القرائن المتعلقة بالنظام العام ، فإنه يبقى مع ذلك ممكناً نفي هذه القرائن . ولا يكون ذلك بطبيعة الحال عن طريق إثبات العكس ، فإن هذا ممنوع حتى عن طريق الإقرار واليمين . ولكن يكون ذلك عن طريق إثبات أن الواقعة التى تقوم عليها القرينة لم توجد أو لم تتوافر شروطها . فينبى من يحتج عليه بالأمر المقضى أن هناك حكماً حاز هذه الحجية ، أو يثبت أن هذا الحكم لم =

والصحيح أن القرينة القانونية القاطعة يجوز دائماً دحضها بالإقرار أو اليمين. أما الذي لا يدحض بالإقرار أو اليمين ، كحجية الأمر المقضي والتقدم ، فليس بقرينة قانونية ، بل هو قاعدة موضوعية ، تقوم ، هي أيضاً كالقرينة القانونية ، على فكرة الراجح الغالب الوقوع (idée de probabilité) .

٣٣٤ - القاعدة الموضوعية والقرينة القانونية : ذلك أنه يجب

التمييز في كثير من العناية بين القاعدة الموضوعية (règle de fond) والقرينة القانونية (١) . إذ توجد قواعد موضوعية يبنها المشرع على الكثرة الغالبة من الأحوال فيقلها إلى حقائق ثابتة (probabilités transférées en certitudes) ، مثلها في ذلك مثل القرائن القانونية (٢) . فبلوغ الرشد تتفاوت فيه الناس ، ولا تكون سن الرشد واحدة للجميع ، ولكن المشرع لا يسعه أن بكل تحديد هذه السن - وأهميتها في التعامل معروفة - إلى الظروف الذاتية لكل إنسان . فوجب أن يجعل بلوغ الرشد لجميع الناس عند سن معينة - الحادية والعشرين مثلاً - مراعيًا في ذلك الكثرة الغالبة من الأحوال ، متجاوزاً عن التفاوت ما بين إنسان وآخر ، حتى ينضبط التعامل ويستقر (٣) . وهذا مثل للقاعدة الموضوعية التي يبنها المشرع على فكرة الراجح الغالب الوقوع .

أما القرينة القانونية فقد قدمنا أنها قاعدة إثبات لا قاعدة موضوعية . خذ مثلاً

= تتوافر فيه الشروط اللازمة . وينبغي من يحتج عليه بالتقدم أن التقدم قد اكتمل ، أو يثبت أن شروطه لم تتوافر . فإذا نجح من يدعى ذلك في إثبات ما يدعيه - وله الإثبات بجميع الطرق لأنه يثبت واقعة مادية - لم يكن بذلك قد أثبت عكس القرينة ، بل يكون قد أثبت أن القرينة ذاتها غير موجودة ، والفرق واضح بين الأمرين .

(١) ويرجع الفضل في جلاء هذا التمييز إلى جنّي في كتابه العلم والصياغة في القانون الخاص الجزء الثالث في القرائن ، ثم إلى ديكتوينيس في رسالته المعروفة في القرائن في القانون الخاص وهي الرسالة التي تكررت الإشارة إليها . وتبعهما بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٩٠ .
انظر أيضاً في هذا التمييز الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٥٩ مكرر - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ٢٢٧ - الأستاذ عبد الباسط جمبجي في الإثبات فقرة ١٠١ .

(٢) قارن بودري وبارد ٤ فقرة ٢٦٥٧ مكررة .

(٣) جنّي في العلم والصياغة في القانون الخاص جزء ٣ ص ٢٣٦ - ص ٢٣٩ .

القرينة القانونية التي تقضى بأن الوفاء بقسط الأجرة اللاحق دليل على الوفاء بالقسط السابق . هذه قاعدة وضعها المشرع ، لا في موضوع الحق وهو الوفاء بالأجرة وما يتصل به من أحكام ، بل في إثباته أى كيف يثبت المستأجر أنه قام بوفاء الأجرة . وقد راعى المشرع في وضعها — هنا أيضاً — الكثرة الغالبة من الأحوال ، إذ وجد أن المؤجر لا يعطى عادة مخالصة عن قسط لاحق إلا بعد أن يستوفى الأقساط السابقة ، فجعل من الوفاء بقسط لاحق قرينة قانونية على الوفاء بقسط سابق .

٣٣٥ — كيف يكون التمييز بين القاعدة الموضوعية والقرينة القانونية :

والذى يقارب ما بين القاعدة الموضوعية والقرينة القانونية هو — كما قدمنا — أن كلا منهما يقوم على الكثرة الغالبة من الأحوال أو على الراجح الغالب الوقوع . ولذلك يقع اللبس بينهما كثيراً . ولكنهما يختلفان في أمرين جوهريين :
(الأمر الأول) أن عامل الراجح الغالب الوقوع يخفى وراء القاعدة القانونية فتستغرقه ، ويكون منها بمثابة العلة (motif) من المعلول ، فحتى تقررت القاعدة توارت العلة خلفها ، ولم يعد لها بعد ذلك مجال للظهور^(١) . أما هذا العامل في القرينة القانونية فهو نفسه موضوع (objet) القرينة ، وإنما قامت القرينة لتقريره ، فيبقى دائماً بارزاً لا يخفى وراءها^(٢) .

فاذا قلنا إن الإنسان يبلغ رشده في الحادية والعشرين ، فقد دفع المشرع إلى تقرير هذه القاعدة الموضوعية أن هذا هو الذى يقع في العادة . ولكن هذا الدافع ، أو هذه العلة ، تخفى وراء القاعدة ، وسواء وقع هذا فعلاً أو لم يقع ، فالإنسان يبلغ رشده — قانوناً — في الحادية والعشرين ، ولو بلغ — طبيعة — قبل ذلك أو بعد ذلك .

وإذا قلنا إن الوفاء بقسط لاحق دليل على الوفاء بقسط سابق ، فقد راعى المشرع في ذلك أيضاً أن هذا هو الذى يقع في العادة ، ولكن هذه العلة لا تخفى وراء القرينة ، بل تبقى بارزة تعمل عملها كما سيأتى .

(١) جنى في العلم والصياغة في القانون الخاص المرجع السابق — ديكوتينيس في القرائن في القانون الخاص ص ٤٤ .

(٢) ديكوتينيس في القرائن في القانون الخاص ص ٤٥ وص ٥٢ .

فالقانون لا يتقدم بالقرينة القانونية إلا مسببة (causée) ، أما القاعدة الموضوعية فيتقدم بها مجردة (abstraite) .

(والأمر الثاني) يترتب على الأمر الأول . ذلك أن القاعدة الموضوعية لا تجوز معارضتها بالعلة في تقريرها ، فقد اختفت هذه العلة واستغرقتها القاعدة . فإذا برز إنسان في التاسعة عشرة من عمره ، ودل بتفوقه في الذكاء والعلم أنه أرشد ممن بلغ الحادية والعشرين ، فلا يزال هذا الإنسان قاصراً في نظر القانون ، مهما بلغت منزلته من التفوق . وإذا وجد ، على العكس من ذلك ، إنسان في الحادية والعشرين ، وقد بدت عليه علامات القصور العقلي ، فانه يعتبر بالرغم من ذلك بالغاً سن الرشد ، إلا إذا كان القصور العقلي قد وصل به إلى حد الغفلة أو العته ، فعندئذ يحجر عليه . فالقاعدة الموضوعية قد استغرقت علتها ، ولم يعد للعلة مجال للعمل .

أما القرينة القانونية فتجوز معارضتها بعلتها ، فان العلة لم تستغرقتها القرينة ، بل بقيت إلى جانبها بارزة . فإذا تقدم المؤجر بدليل يثبت أنه ، بالرغم من استيفائه للقسط اللاحق ، لم يستوف القسط السابق ، سمع منه ذلك ، وانهارت قرينة الوفاء بالقسط السابق . ذلك أن القرينة يتقدم بها المشرع مسببة بعلتها كما تقدم القول ، وكون الوفاء بالقسط اللاحق يكون ، في الكثرة الغالبة من الأحوال ، بعد الوفاء بالقسط السابق لا يمنع ، في القلة النادرة من الأحوال ، أن يستوفي المؤجر القسط اللاحق دون أن يستوفي القسط السابق . وقد أثبت المؤجر أن حالته هذه تندرج في القلة من الأحوال لا في الكثرة ، ففي خصوص هذه الحالة تخلفت القرينة لتخلف علتها ، فلا يعمل بها بعد أن دحضها المؤجر (١) .

على أنه لا يجوز أن يفهم من ذلك أن كل قاعدة موضوعية هي قاعدة إجبارية يتحتم تطبيقها ولا يجوز استبعادها ، وأن كل قرينة قانونية تقبل الاستبعاد بالدليل العكسي . فان في القواعد الموضوعية ما لا يفرضه المشرع فرضاً حتمياً في كل الأحوال ، بل ينزل فيه أولاً عند إرادة أصحاب الشأن . فإذا قرر المشرع — في المادة ٤٦٢ من التقنين المدني — أن نفقات عقد البيع تكون على المشتري ، فهو

(١) ديكوتينيس في القرائن في القانون الخاص ص ٤٤ .

قد قرر بذلك قاعدة موضوعية استغرقت علتها. ولكنه لم يرد إعمال هذه القاعدة إلا عندما لا يكون للمتعاقدین أية إرادة في هذه المسألة. فإذا لم يكن بينهما اتفاق صريح أو ضمني أو عرف على أن المصروفات يدفعها غير المشتري، فالمشتري هو الذي يدفعها، ما من ذلك بد، ولا يجوز له أن يرفض دفعها بدعوى أن القاعدة الموضوعية التي تلزمه بها قد تخلفت علتها، وأن حالته تدرج في القلة من الأحوال التي لا يدفع فيها المشتري المصروفات، ما دام لم يتفق مع البائع على ذلك. وهنا نرى أن القاعدة إنما هي قاعدة موضوعية قد استغرقت علتها^(١). لكن إذا اتفق المشتري مع البائع اتفاقاً صريحاً أو ضمناً، أو قام عرف، على أن البائع هو الذي يدفع المصروفات، فالمشرع لا يفرض قاعدته على إرادة المتعاقدين، وتخلي القاعدة مكانها للاتفاق أو العرف. وهنا نرى أن هذه القاعدة الموضوعية ليست قاعدة إجبارية (règle impérative)، بل هي قاعدة تكميلية (règle supplétive)، لا تهدر الإرادة لتحل محلها، بل تملأ الفراغ الذي تركه^(٢).

كذلك ليس صحيحاً أن كل قرينة قانونية تقبل الاستبعاد بالدليل العكسي. فمن القرائن القانونية ما جعله المشرع قاطعاً لا يجوز أن يستبعد، حتى يستقيم له غرضه من استقرار التعامل. مثل ذلك ما فعله عندما اتخذ من التقادم بسنة واحدة قرينة قاطعة على الوفاء بحقوق ذكرها في المادة ٣٧٨ من التقنين المدني. فهنا اتخذ التقادم قرينة على الوفاء بحقوق معينة، كما اتخذ الوفاء بالقسط اللاحق قرينة على الوفاء بالقسط السابق. إلا أنه جعل القرينة الأولى قاطعة، ولم يحز إثبات عكسها. وجعل القرينة الثانية، كما رأينا، قرينة غير قاطعة، وأجاز إثبات عكسها. ولكن تبقى القرينة الأولى، ولو كانت قاطعة، قاعدة للإثبات، فتوافق في ذلك القرائن غير القاطعة، وتفارق القواعد الموضوعية. فالتقادم بسنة قرينة

(١) ديكوتينيس في القرائن في القانون الخاص ص ٥١.

(٢) ومن القواعد الموضوعية التكميلية (supplétives) أيضاً ما نصت عليه المواد ١٠٣ (دفع العربون يفيد جواز العدول عن العقد) و ٣٠٩ (ضمان المحيل ليسار المدين) و ٣١٩ (ضمان المدين الأصلي ليسار المحال عليه) و ٣٢٢ (عدم انتقال الدين المضمون بالرهن مع العقار المرهون إلى ذمة المشتري) و ٣٤٥ (كيفية احتساب خصم الديون عند تعددها) (imputation des paiements) و ٣٤٦ — ٣٤٨ (زمان ومكان ونفقات الوفاء بالدين) .

قاطعة على الوفاء بحق معين ، ولكن هذه القرينة لا تعدو أن تكون طريقاً للإثبات ، أو إطفاء منه على الأصح . ويترتب على ذلك أن الخصم الذى تقررت القرينة القاطعة لمصلحته إذا نزل عنها ، وقال إن الدين باق فى ذمته ، أو نكل عن اليمين التى توجه إليه فى ذلك ، فإن إقراره هذا - الصريح أو الضمنى - يجعل القرينة تنهار ، بالرغم من أنها قاطعة . ومن ثم تكون كل القرائن القاطعة قابلة للدحض بالإقرار أو اليمين كما قدمنا (١) .

٣٣٦ - الانتقال من القاعدة الموضوعية الى القرينة القانونية

ومن القرينة القانونية الى القاعدة الموضوعية رهن بإرادة المشرع : والانتقال من القاعدة الموضوعية الى القرينة القانونية ، أو من القرينة القانونية الى القاعدة الموضوعية ، أمر موكول إلى المشرع . فكل من القاعدة الموضوعية والقرينة القانونية من صنعه . فهو إن شاء جعل ما يقرره من ذلك قاعدة موضوعية ، وإن شاء جعله قرينة قانونية ، وفقاً لما يقدر من الاعتبارات التى تتفاوت فى القوة والضعف فتحمله على المسلك الأول أو على المسلك الثانى . وله كذلك ، إن شاء ، أن يهبط بقاعدة موضوعية الى قرينة قانونية ، وأن يرتفع بقرينة قانونية الى قاعدة موضوعية .

وقد هبط المشرع المصرى فعلاً بالتقادم ، وهو فى الأصل قاعدة موضوعية ، إلى أن جعله قرينة قانونية فى حالة من حالاته . فعل ذلك كما قدمنا فى التقادم المسقط لحقوق معينة بسنة واحدة ، إذ أجاز دحض القرينة بالإقرار أو اليمين . ولو استبقى التقادم هنا قاعدة موضوعية ، كما هو شأن سائر حالات التقادم المسقط

(١) وقد سبق أن أشرنا إلى المقارنة التى عقدها جنى ما بين القرينة القانونية والحيلة (fiction) . ويمكن الآن تعميم المقارنة وجعلها تنتظم القرينة القانونية والقاعدة الموضوعية والحيلة . فكل من القرينة القانونية والقاعدة الموضوعية تقوم على الراجح الغالب الوقوع ، ولكن هذا العامل يبقى بارزاً إلى جانب القرينة القانونية ، بينما هو يختفى وراء القاعدة القانونية . أما الحيلة فلا شأن لها بالراجح الغالب الوقوع ، بل هى لا أساس لها من الواقع ، إذ تقوم على فرض خلقه المشرع دون أن يلقى بالا هل هذا الفرض يتفق مع الواقع أو ينحرف عنه . فافتراض العلم بالقانون لا أساس له من الواقع ، وكذلك افتراض العلم بالأوراق التى أعلنت لجهة الإدارة أو لجهة النيابة العامة فيما يميزه القانون من ذلك . وأشد هذه الثلاثة خطراً هى الحيلة لأنها لا تقوم على الواقع ، ثم القاعدة الموضوعية لأنها وهى تقوم على الواقع يختفى الواقع وراءها ، وأقلها خطراً القرينة القانونية فهى تقوم على الواقع ويبقى الواقع بارزاً إلى جانبها .

وكل حالات التقادم المكسب ، لما أجاز ذلك .

وارتفع المشرع المصرى بقرينة قانونية إلى منزلة القاعدة الموضوعية ، عندما قرر ، فى المادة ٩٤٨ من التقنين المدنى ، أن الحق فى الأخذ بالشفعة يسقط بانقضاء أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع . فقد كان فى وسع المشرع أن يقتصر على جعل انقضاء هذه المدة قرينة قانونية قاطعة على أن الشفيع قد علم بالبيع ولم يأخذ بالشفعة فسقط حقه . ولكنه لو جعل القاعدة قرينة قانونية على هذا النحو ، لاقتضى ذلك أن يجز للشفيع دحض هذه القرينة باقرار المشتري أو يمينه . فإذا أقر المشتري أن الشفيع لا يعلم بالبيع بالرغم من انقضاء أربعة أشهر على تسجيله ، أو نكل عن اليمين التى توجه إليه فى ذلك ، فإن القرينة القانونية القاطعة تنهار ، إذ يدحضها الإقرار أو اليمين ، ويستبقى الشفيع حقه فى الأخذ بالشفعة . من أجل ذلك لم ير المشرع أن يختار هذا الطريق ، بل ارتفع بهذه القرينة إلى منزلة القاعدة الموضوعية ، فاستعصت بذلك على النقض ، ولم يجز دحضها حتى بالإقرار أو اليمين . وبمجرد أن ينقضى على تسجيل البيع أربعة أشهر دون أن يأخذ الشفيع بالشفعة فقد سقط حقه ، حتى لو أقر المشتري - صراحة ، أو ضمناً بأن نكل عن اليمين - أن الشفيع لم يعلم بالبيع .

والذى يحمل المشرع على الانتقال بالقاعدة من مرتبة إلى مرتبة أخرى اعتبارات يراها هو ، وترك إلى محض تقديره كما قدمنا . فقد رأى ، فى التقادم بسنة واحدة ، نظراً لاحتمال أن المدين لم يكن قد وفى بالدين فى هذه المدة القصيرة ، أن يحكم فى ذلك ضميره . فنزل بالقاعدة إلى مرتبة القرينة القانونية القاطعة ، ليجز دحضها بالإقرار واليمين . وكان يستطيع أن ينزل بها إلى مرتبة أدنى ، فيجعلها قرينة قانونية غير قاطعة يجوز دحضها ، لا بالإقرار واليمين فحسب ، بل أيضاً بجميع الطرق التى قررها القانون (١) ورأى ، فى سقوط الشفعة بأربعة أشهر ، أن الشفعة حق غير مرغوب فيه ، وأراد أن يحسم النزاع فى شأنه ، وأن يجعل سقوطه بهذه المدة أمراً لا يحتمل الجدل . فارتفع بالقاعدة إلى أن تكون قاعدة موضوعية ، وجعلها بذلك لا تقبل الدحض حتى بالإقرار أو اليمين .

(١) قارن ديكوتينيس ص ١٢١ - ص ١٢٢ .

٣٣٧ - قواعد موضوعية تكيف خطأ بأنها قرائن قانونية :

ويتبين من كل ذلك وجوب التمييز ما بين القواعد الموضوعية والقرائن القانونية . فكثيراً ما يقع الخلط بينها : تخطئ القاعدة الموضوعية الإجبارية بالقرينة القانونية القاطعة ، وتخطئ القاعدة الموضوعية التكميلية بالقرينة القانونية غير القاطعة (١) .

وقد أسىء فهم بعض القواعد الموضوعية ، فكيفت خطأ بأنها قرائن قانونية . وجعلت قرائن قاطعة لا يجوز إثبات عكسها . ولما كانت هذه القواعد قواعد إجبارية لا يجوز دحضها حتى بالإقرار واليمين ، مع أن القرائن القاطعة يجوز دائماً دحضها بهذين الطريقتين كما قدمنا ، فقد قيل في تبرير عدم قابليتها للدحض أنها قرائن قانونية قاطعة تتعلق بالنظام العام ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . والصحيح أنها قواعد موضوعية إجبارية ، لا قرائن قانونية قاطعة ، وهذا وحده هو الذي يبرر أنها لا تدحض حتى بالإقرار واليمين . ومن هذه القواعد - عدا حجية الأمر المقضي والتقدم اللذين تقدم ذكرهما - الحيازة في المنقول ، والتصرف في مرض الموت ، ومسئولية المتبوع عن التابع (٢) .

فالحيازة في المنقول قاعدة موضوعية إجبارية ، لا قرينة قانونية قاطعة . فقد رأى المشرع أن يحمي حائر المنقول حسن النية بسلاح أقوى من سلاح القرينة القانونية ولو كانت قاطعة . ومن ثم أصبح من يجوز المنقول وهو حسن النية ، بفضل هذه القاعدة الموضوعية ، مالكاً له . وأصبحت ملكيته ثابتة مستقرة ، لا يزعزعها حتى الإقرار أو اليمين . أراد المشرع أن يستقر التعامل في المنقول ، وتلك اعتبارات عليا يستقل بتقديرها ، ويملك زمامها ، فيضع من القواعد ما يراه مناسباً لحماية الأوضاع القانونية المختلفة . تارة يكتفى بقرينة قانونية غير قاطعة . وطوراً يجعل القرينة القانونية قاطعة . وأخرى يرتفع عن نطاق القرائن وقواعد الإثبات ، ويرى أن الحماية المناسبة هي قاعدة موضوعية لا تقبل النقض

(١) ديكوتينيس ص ٤٥ - ص ٤٦ .

(٢) ونذكر منها أيضاً القواعد التي نصت عليها المواد ٤٤ إلى ٤٦ و ١١٢ إلى ١١٦ (الصبي المميز والمحجور والبالغ سن الرشد) و ٢٢٨ (وجود ضرر تعوض عنه الفوائد) و ٢٣٦ (نيابة الدائن عن مدينه في الدعوى غير المباشرة) و ٩٣٦ (الأخذ بالشفعة لدفع أذى الجوار) .

بمحال من الأحوال . هذا هو التدرج في الحماية ، درجة فوق درجة ، يؤتيها المشرع من يشاء كما يشاء ، وهو في كل ذلك يتوخى أن يكون لكل وضع قانوني الحماية التي تناسبه . ونذكر من ذلك الصلة ما بين القرائن القانونية والقواعد الموضوعية ، فليس بينها من حجاب كثيف ، ولكنها مراحل متدرجة في الحماية : القرينة القانونية غير القاطعة في المرتبة الدنيا ، ثم القرينة القانونية القاطعة في مرتبة أعلى ، ثم القاعدة الموضوعية في القمة من مدارج الحماية .

وكذلك قل عن التصرف الصادر في مرض الموت إذا قصد به التبرع . وضع له المشرع ، في الفقرة الأولى من المادة ٩١٦ من التقنين المدني ، قاعدة موضوعية تجعله تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت . وهي قاعدة لا تقبل النقض ، ولو كان عن طريق الإقرار أو اليمين . والمشرع ليس في حاجة هنا إلى التصريح بعدم جواز إثبات العكس ، لأنه في صدد قاعدة موضوعية إجبارية ، لا في صدد قرينة قانونية قاطعة . أما مجرد صدور التصرف في مرض الموت ، فقد جعل منه المشرع ، في الفقرة الثالثة من المادة ٩١٦ ، قرينة قانونية غير قاطعة تفيد أن التصرف قصد به التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التبرع أن التصرف معاوضة .

ومسئولية المتبوع عن التابع لا تقوم على قرينة قانونية قاطعة بالخطأ كما يذهب الكثيرون ، بل هي مبنية على قاعدة موضوعية . وهذه القاعدة تقضي بأن المتبوع مسئول عن التابع على أساس الضمان أو النيابة أو الحلول . فهي مسئولية عن الغير ، بل لعلها هي الحالة الوحيدة في المسئولية عن الغير^(١) . ولم يجد المشرع حاجة ، وهو في صدد قاعدة موضوعية إجبارية لا قرينة قانونية قاطعة ، أن ينص على عدم جواز إثبات العكس كما فعل عند ما واجه القرائن القانونية القاطعة في مسئولية حارس الحيوان (م ١٧٦ مدني) وفي مسئولية حارس الأشياء (م ١٧٨ مدني) .

والتقادم ، مكسباً كان أو مسقطاً ، عدا التقادم المسقط بسنة واحدة وقد

(١) انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٩١ — وانظر أيضاً جني في العلم والصياغة في القانون الخاص جزء ٣ ص ٣١٠ — ص ٣١١ — ديكتينيس في القرائن في القانون الخاص فقرة ٦٠ ص ١٤٥ — ص ١٤٧ .

تقدم ذكره ، قاعدة قانونية إجبارية ، لا قرينة قانونية قاطعة . ومن ثم لا يقبل أن يدحض ، حتى بالإقرار واليمين .

وحجة الأمر المقضى لا تستند إلى قرينة قانونية قاطعة . بل هي قاعدة موضوعية ، لا تقبل النقص ، ولو بالإقرار أو اليمين . وقد وضعها التقنين المدني المصري — الجديد والقديم — خطأ بين القرائن القانونية ، ونص على عدم جواز نقضها بالدليل العكسي ، فجارى في ذلك أكثر التقنينات ، ولم يتحرر من هذا الخطأ الشائع ^(١) .

المطلب الثاني

القرينة القانونية غير القاطعة أو النسبية أو البسيطة

(présomption relative, simple, juris vel juris tantum)

٣٣٨ — القرينة القانونية غير القاطعة تعفى من الإثبات بالقرينة

القانونية القاطعة: القرينة القانونية غير القاطعة تعفى من تقررت القرينة لمصلحته من الإثبات : تعفيه إعفاء تاماً ولا تقتصر على نقل عبء الإثبات إلى خصمه ، شأنها في ذلك شأن القرينة القانونية القاطعة ^(٢) .

(١) قارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٥٩ مكررة ص ٢٦٦ وفقرة ١٦٨ .

(٢) ديكوتينيس في القرائن في القانون الخاص فقرة ٩٣ ص ٢٣٠ — ص ٢٣٣ .

وقد قسم ديكوتينيس القرائن القانونية غير القاطعة إلى (أ) قرائن تقوم على افتراض أولى (à priori) يضعه المشرع ليصل منه إلى تطبيق قاعدة قانونية فييسر من أعمال هذه القاعدة ، كافتراض أن الأصل في الملك ألا يكون مثقلاً بحق للغير ، وأن الأصل في المهتم البراءة ، وأن الولد للفراش ، وأن أعمال التاجر تعد في الأصل أعمالاً تجارية ، وأن حسن النية مفروض في الحياة (ب) وقرائن مستقلة عن تطبيق قاعدة قانونية تقوم على فكرة الراجع الغالب الوقوع ، وقد ارتفع بها المشرع من مرتبة القرينة القضائية إلى مرتبة القرينة القانونية حتى يلزم بها القاضي والخصوم ، فيجعلها بمنأى عن النزاع والجدل ، ويقتصد فيما يبذل من جهد في الإثبات (économie de preuve) : وذلك كافتراض العلم بالتعبير عن الإرادة بمجرد وصول التعبير إلى من وجه إليه ، وافتراض الوفاء بقسط الأجرة السابق إذا أثبت المستأجر أنه دفع القسط اللاحق (ديكوتينيس في القرائن في القانون الخاص ص ١٨٦ — ص ٢١١) .

مثل ذلك : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ من التقنين المدني على أن « كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك » . فهنا أعني القانون الدائن من إثبات أن للالتزام الذي يطالب به المدين سبباً مشروعاً ، مع أن السبب المشروع ركن في الالتزام ، وكان ينبغي أن يقوم الدائن بإثباته . وليس الأمر هنا هو نقل عبء الإثبات إلى عاتق المدين ، بل إن الدائن - وقد أعني من الإثبات - يعتبر أنه قدم إثباتاً كاملاً على وجود السبب المشروع . وإذا كان النص يقول : « ما لم يقيم دليل على غير ذلك » ، فليس ذلك إلا جرياً على الأصل من أن كل دليل تمكن معارضته بدليل ينقضه . فالخصم إذا قدم دليلاً كتابياً أو بيئياً على ما يدعيه فإنه يكون قد قدم دليلاً كاملاً ، ولكن هذا لا يمنع خصمه من أن يقدم دليلاً ينقض دليله . فالدليل العكسي في القرينة غير القاطعة ليس نتيجة لنقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ، بل هو تطبيق لأصل من أصول الإثبات يقضي بمقارعة الدليل بالدليل . ومن ثم يكون جواز إثبات العكس في القرينة غير القاطعة هو استصحاب للأصل ، وعدم جواز ذلك في القرينة القاطعة هو خروج على الأصل فاقترض نصاً خاصاً كما قدمنا .

ثم تنص الفقرة الثانية من نفس المادة على أن « يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فاذا قام الدليل على صورية السبب ، فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه » . فهنا أيضاً يعنى القانون الدائن من إثبات أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ، وتقوم قرينة قانونية على أن السبب الحقيقي هو السبب المذكور في العقد . ولما كانت القرينة غير قاطعة ، وجب التزام الأصل ، والترخيص للخصم الآخر أن ينقض الدليل المستفاد من هذه القرينة . وقد بين المشرع طريقاً خاصاً لنقض هذا الدليل ، هو أن يثبت المدين أن السبب المذكور في العقد إنما هو سبب صوري لا حقيقة له . عند ذلك ينهار الدليل المستفاد من القرينة القانونية المتقدمة الذكر ، ولا يصبح السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ، ويبقى السبب الحقيقي غير ثابت ، وعلى الدائن ، وهو الذي يدعى الدين في ذمة مدينه ، أن يثبت أحد أركان هذا الدين وهو وجود السبب المشروع^(١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ذكر في سند الدين أن القيمة دفعت نقداً ونفى المدين =

(٤٠ الوسيط — ج ٢)

وقس على ذلك سائر القرائن القانونية غير القاطعة التي نص عليها المشرع (١).

٣٣٩- كيف يكون إثبات العكس في القرائن القانونية غير القاطعة :

لا شك في أن القرينة القانونية غير القاطعة يمكن إثبات عكسها بدليل ذي قوة مطلقة . فيمكن إثبات العكس باقرار من تقررت القرينة لمصلحته أو بنكوله عن اليمين ، وإذا كانت القرينة القانونية القاطعة يمكن دحضها بهذين الطريقتين كما قدمنا ، فأولى بالقرينة القانونية غير القاطعة أن تدحض بهما . كذلك يمكن إثبات عكس القرينة غير القاطعة - وفي هذا تختلف عن القرينة القاطعة - بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة معزز بالبيئة أو القرائن القضائية ، وإذا استحال الحصول على الكتابة أو استحال تقديمها بعد الحصول عليها جاز الإثبات بالبيئة أو بالقرائن القضائية .

ولا شك أيضاً في أن القرينة القانونية غير القاطعة إذا استخدمت في إثبات واقعة مادية أو تصرف قانوني لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، فانه يمكن

= سبب الدين بالطريق القانوني ، كان على الدائن أن يقيم الدليل على ما قد يدعى أنه السبب الحقيقي للتعهد وعلى أنه سبب صحيح جائز قانوناً (نقض مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ١ ص ١٢) . وقضت أيضاً بأنه متى كان الطاعنان لم يقدموا الدليل على صورية السبب المدون في السندات موضوع الدعوى ، وكانت المحكمة قد رأت في حدود سلطتها الموضوعية أن القرائن التي ساقها الطاعنان ليستدل بها على عدم مشروعية سبب الدين غير جدية وغير كافية لإضعاف الدليل الذي قدمه المطعون ضده وهو إثبات قرضه بسندات إذنية ثابت بها أن قيمتها دفعت للمفلس أو لضمانه ، وأن هذه القرائن لا تبرر إجابة الطاعنين إلى طلب إحالة الدعوى على التحقيق ، فإنها لا تكون قد خالفت مقتضى المادة ١٣٧ من القانون المدني (نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٠ ص ٨٤٢) .

(١) وقد سبقت الإشارة إلى كثير من القرائن القانونية غير القاطعة في التقنين المدني المصري (انظر المواد ٩١ و ٩٧ و ٩٧٣ و ١٧٧ و ٢٣٨ و ٢٣٩ و ٨١٧ و ٩١٦ و ٩٧١ و ٩٦٣ و ٩٦٤ و ٩٦٥ و ٩٦٧ و ٩٦٨ و ٩٦٩ و ٩٧٠ و ٩٧١ و ٩٧٦ و ٩٧٨) .

وقد كان التقنين المدني السابق (م ٢٨٤/٢١٩) يجعل من تسليم سند الدين أو صورته التنفيذية إلى المدين قرينة قانونية على براءة ذمة المدين . وهذه القرينة التي كانت قرينة قانونية غير قاطعة في التقنين السابق أغفلها التقنين الجديد فنزلت إلى مرتبة القرائن القضائية . أما في التقنين المدني الفرنسي فقد ارتفعت إلى قرينة قانونية قاطعة في شق منها (م ١٢٨٢ مدني فرنسي فيما يتعلق بتسليم سند الدين) وإلى قرينة قانونية غير قاطعة في الشق الآخر (م ١٢٨٣ فيما يتعلق بتسليم الصورة التنفيذية) .

إثبات عكسها بالبيئة أو بالقرائن القضائية ، الى جانب الطرق المتقدمة ، وذلك وفقاً للقواعد العامة في الإثبات^(١) .

ويقتصر الشك على ما إذا كانت القرينة القانونية غير القاطعة قد استخدمت في إثبات تصرف قانوني تزيد قيمته على عشرة جنيهاً ، فهل يجوز إثبات العكس بالبيئة أو بالقرائن القضائية على خلاف ما تقضي به القواعد العامة في الإثبات ، أو أنه يجب التزام هذه القواعد فلا يجوز إثبات العكس إلا بالكتابة أو الإقرار أو اليمين؟ يرى بعض الفقهاء جواز إثبات العكس في هذه الحالة بالبيئة أو القرائن القضائية ، لأن القرينة القانونية لا تعدو أن تكون قرينة كسائر القرائن ، والقرينة تنقض بقرينة مثلها ولو كانت قرينة قضائية ، ومتى أمكن إثبات العكس بالقرينة القضائية جاز الإثبات أيضاً بالبيئة^(٢) . وكنا ممن يقول بهذا الرأي^(٣) . ولكن

(١) ولما كان حسن النية واقعة مادية ، فإنه يجوز إثبات العكس ، أي سوء النية ، بجميع طرق الإثبات (استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٢) . وإذا كانت القرينة القانونية مستفادة من ورقة مكتوبة ، كالمخالصة بقسط الأجرة اللاحق وهي قرينة على الوفاء بالقسط السابق ، واستخدمت في إثبات تصرف قانوني لا تزيد قيمته على عشرة جنيهاً ، فإنه يمكن إثبات عكس القرينة بالبيئة ، وليس في هذا إثبات لعكس المكتوب ، بل هو إثبات لعكس القرينة القانونية المستفادة من المكتوب .

وهناك قلة من الفقهاء الفرنسيين يذهبون إلى أنه لا يجوز إثبات عكس القرينة القانونية غير القاطعة بقرينة قضائية (تولى ١٠ فقرة ٦٣ — زاخاريه فقرة ٧٦٦) ، ولكن الكثرة الغالبة من الفقهاء يجيزون ذلك ، عندما تكون القرينة القانونية قد استخدمت في إثبات ما يجوز إثباته بالبيئة أو بالقرائن القضائية (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ ص ١٠٢ وهامش رقم ٦ — ديرانتون ١٣ فقرة ٤١٢ — بونيه ٢ فقرة ٨٤١ — لارومبيير ٧ م ١٣٥٢ فقرة ٨ — ديمولومب ٣٠ فقرة ٢٦٨ — لوران ١٩ فقرة ٦١٦ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٢٦١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٠ ص ١٠١٢ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٩٦ ص ٣٨٥) .

(٢) انظر في هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٦٤ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٧٤٥ . الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٢٩ . وكانت المادة ٢٨٤/٢١٩ من التقنين المدني السابق قد أقامت كما قدمنا قرينة قانونية غير قاطعة تجعل تسليم سند الدين للمدين دليلاً على براءة ذمته ، ثم أجازت المادة ٢٨٥/٢٢٠ من هذا التقنين إثبات عكس هذه القرينة بالبيئة في جميع الأحوال (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٤٧ — ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٧ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٠٨ — الموجز للمؤلف فقرة ٦٨٩) .

(٣) الموجز فقرة ٧٠٢ .

متى تقرر أن القرينة القانونية تعني من الإثبات، ولو كانت غير قاطعة، وترتب على ذلك أن من تقرر لمصلحة هذه القرينة يعتبر أنه قدم إثباتاً كاملاً على ما يدعيه، كما قدمنا، كانت النتيجة اللازمة أن الخصم الآخر أصبح هو المكلف بالإثبات، فعليه أن يعارض الدليل بالدليل، وعليه أن يفعل ذلك وفقاً للقواعد العامة في الإثبات لأن القانون لم ينص على شيء يخالف هذه القواعد في هذه المسألة. ومن ثم إذا كانت القرينة القانونية غير القاطعة قد استخدمت في إثبات تصرف قانوني يزيد قيمته على عشرة جنهيات، لم يجوز إثبات عكسها إلا بالكتابة أو الإقرار أو اليمين^(١). فلو أن المستأجر قدم اثباتاً للوفاء بقسط سابق من الأجرة يزيد على عشرة جنهيات القرينة القانونية المستفادة من وفائه بالقسط اللاحق، فانه يجوز للمؤجر أن يثبت أن المستأجر، بالرغم من أنه وفى بالقسط اللاحق، لم يقيم بوفاء القسط السابق. ولكن لما كان هذا القسط السابق يزيد على عشرة جنهيات، ولم يكن من الممكن إثبات وفائه بالبينة أو بالقرائن، كذلك لا يجوز إثبات عدم وفائه إلا بالطرق التي يجوز بها إثبات الوفاء^(٢).

٣٤٠ — بعض الفرائض القانونية غير القاطعة لا يجوز إثبات

عكسها إلا على نحو خاص: ويوجد في التقنين المدني الفرنسي قرائن قانونية غير قاطعة يجوز إثبات عكسها، ولكن المشرع نص على أن يكون هذا الإثبات على نحو خاص. ويذكر الفقهاء الفرنسيون عادة مثلاً لذلك القرينة التي تقضي بأن الولد للفراش، وهي القرينة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٣١٢ من التقنين المدني الفرنسي. فهذه القرينة لا يجوز إثبات عكسها إلا على النحو

(١) انظر في هذا المعنى أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ ص ١٠٢ وهامش رقم ٦ — بودرى وبادر ٤ فقرة ٢٦٦١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٠ ص ١٠١٢ — ص ١٠١٣ — وقارب بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٩٦ ص ٣٨٥.

(٢) أما إذا أريد إثبات عكس قرينة قانونية مستفادة من ورقة مكتوبة، وكان الذي يراد إثباته سبباً غير مشروع، فيجوز إثبات ذلك بالبينة، وفقاً للقواعد العامة (انظر نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٠ ص ٨٤٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم).

الذى قررته المادتان ٣١٢ و ٣١٣ من التقنين المدنى الفرنسى^(١). ويدكرون أيضاً القرينة التى تقضى بأن الحائط الذى يفصل ما بين بنائين يعد مشتركاً، وهى القرينة المنصوص عليها فى المادة ٦٥٣ من التقنين المدنى الفرنسى. وهى أيضاً لا يجوز إثبات عكسها إلا بطرق معينة ذكرتها المواد ٦٥٣ و ٦٦٦ و ٦٧٠ من هذا التقنين^(٢).

ويمكن أن نجد فى التقنين المدنى المصرى نظائر لهذه القرائن. نذكر من ذلك:

(١) ما نصت عليه المادة ٢٣٩ من أنه « إذا ادعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها ». ويتبين من هذا النص أن الدائن إذا أثبت أى مقدار من الديون فى ذمة مدينه، قامت قرينة قانونية على أن هذا المدين معسر، ولكنها قرينة غير قاطعة أجاز النص إثبات عكسها على نحو خاص ، بأن يثبت المدين أن عنده مالا يساوى قيمة هذه الديون أو يزيد عليها. (٢) ما نصت عليه المادة ٩٦٣ من أنه « إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة ». وهذا نص يجعل الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية، وهى قرينة غير قاطعة، جعل القانون الطريق لنقضها هو إثبات عيب فى الحصول على الحيازة المادية. (٣) ما نص عليه التقنين المدنى فى مواطن كثيرة (مثلاً المادة ١٧٦ و المادة ١٧٨ و المادة ٢١٥) من أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر — وتقوم على قرينة غير قاطعة — تنقض باثبات السبب الأجنبى. (٤) ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٥٨٤ من أنه « إذا تعدد المستأجرون لعقار واحد ، كان كل منهم مسئولاً عن الحريق بنسبة الجزء الذى يشغله، ويتناول ذلك المؤجر

(١) وفى الفقه الإسلامى توجد أيضاً قاعدة شرعية تقضى بأن الولد للفراش ، واللعان هو الطريق المقرر لنقض هذه القرينة .

(٢) أما فى التقنين المدنى المصرى (م ٨١٧) فلم يعين المشرع طرقاً معينة لإثبات العكس . انظر فى هذه القرائن فى التقنين المدنى الفرنسى أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ ص ١٠٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٠ ص ١٠١٣ وهامش رقم ١ — بيدان وپر ٩ فقرة ١٢٩٦ — ويجعل أوبرى ورو هذه القرائن فى مرتبة وسطى ما بين القرائن القانونية القاطعة والقرائن القانونية غير القاطعة (انظر المرجع المتقدم) . ويدعوها ديكوتينيس بالقرائن النسبية (relatives) (ديكوتينيس فى القرائن فى القانون الخاص ص ١٣٥ — ص ١٨٢) .

إن كان مقيماً في العقار ، هذا ما لم يثبت أن النار ابتدأت شبوبها في الجزء الذي يشغله أحد المستأجرين فيكون وحده مسئولاً عن الحريق . فالمستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة مسئولية قائمة على خطأ عقدي ومروض ، يجوز نفيه بإثبات أن النار ابتدأت شبوبها في جزء يشغله أحد المستأجرين الآخرين^(١) .

الفرع الثاني

حجية الأمر المقضي

(L'autorité de la chose jugée)

تمهيد

٣٤١ — مطار هذا الموضوع هو قانونه المرافعات : سنرى أن حجية

الأمر المقضي تكون غالباً في صورة دفع بعدم جواز سماع الدعوى ، أو بعدم قبولها ، لسبق الفصل فيها . وكان هذا التكييف يقتضي أن يدرس الموضوع في مباحث قانون المرافعات مع سائر أوجه الدفع بعدم قبول الدعوى^(٢) . والدفع بعدم جواز سماع الدعوى لسبق الفصل فيها أساسه على كل حال قاعدة موضوعية ، لا قرينة قانونية .

(١) ويمكن في هذه المناسبة عقد مقارنة بين الورقة كدليل كتابي والقرينة القانونية من حيث جواز إثبات العكس . فالورقة العرفية يمكن إثبات عكسها بالكتابة والإقرار واليمين ، والقرينة القانونية — ما لم تكن قاطعة — يجوز أيضاً إثبات عكسها بالكتابة والإقرار واليمين بل وبالبيئة والقرائن القضائية إذا استخدمت في إثبات غير التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على عشرة جنيهات كما قدمنا . والورقة الرسمية تشمل على أجزاء لا يجوز إثبات عكسها إلا بطريق معين هو طريق الطعن بالتزوير ، ومن القرائن القانونية ما لا يجوز إثبات عكسه إلا بطريق معين كذلك (قارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢٧٠ هامش رقم ١) .

وغنى عن البيان أن تعيين القرائن القانونية ، وتحديد ما هو قاطع منها وما هو غير قاطع ، وكيف يجوز إثبات العكس ، كل هذه مسائل قانون تخضع لرقابة محكمة النقض .

(٢) انظر جارسونيه وسيزاربريه ٣ فقرة ٧٠٣ وما بعدها — جلاسون وتيسيه وموريل ٣

فقرة ٧٧٤ وما بعدها — بلانيول وريبير وجابولد ٧ ص ١٠١٤ هامش رقم ٣ .

ولكن التقنين المدني الجديد — وهو في ذلك يساير التقنين المدني السابق والتقنين المدني الفرنسي والتقنينات المدنية الحديثة — خرج بحجية الأمر المقضي عن أن تكون قاعدة موضوعية^(١) (règle de fond) الى جعلها قرينة قانونية^(٢) (présomption légale) . وهي قرينة قانونية قاطعة ، فقد نص صراحة على عدم جواز قبول دليل ينقض هذه القرينة .

ولما كان المشرع ، كما قدمنا ، هو الذي يمسك في يده زمام القواعد الموضوعية والقرائن القانونية ، فيرتفع إن شاء بالقرينة القانونية إلى منزلة القاعدة الموضوعية ، ويهبط إن شاء بالقاعدة الموضوعية إلى مرتبة القرينة القانونية ، فلا بد إذن من بحث حجية الأمر المقضي متصلة بالقرائن القانونية ، نزولاً على حكم القانون^(٣) .

٣٤٢ — أهمية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي : ولما كانت

(١) ويقول بلانيول وريبير وجابولد أن هذه القرينة القانونية تستر في الحقيقة قاعدة موضوعية ، ولا تقوم الحجية النسبية للحكم على أساس قرينة تفيد أن الحكم هو عنوان الحقيقة ، وإلا لكان عنوان الحقيقة بالنسبة إلى الجميع . ولكن الحجية النسبية تقوم على الاعتبار الآتي : لما كان القاضي محايداً وكان الخصوم هم الذين يقدمون الأدلة ، فالحقيقة القضائية مرهونة بما يقدمون من ذلك ، ومن أجل هذا كان الحكم حجة عليهم هم دون غيرهم (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٦ ص ١٠٢٣) . انظر أيضاً بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٣٧ — فقرة ١٣٣٨ .

(٢) وتفيد هذه القرينة أن الحكم هو عنوان الحقيقة : Resjudicata pro veritate habetur .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تبريراً لوضع حجية الأمر المقضي في التقنين المدني ما يأتي : « تتصل حجية الشيء المقضي به بآثار الأحكام ، ويدخل تنظيمها من هذا الوجه في قانون المرافعات . بيد أن تقنين المرافعات المصري قد أغفل هذا التنظيم ، في حين عرض له التقنين المدني المصري في المادة ٢٣٢/٢٩٧ . ولم تقتصر هذه المادة على إقامة قرينة الحجية دون جواز قبول أى دليل لنقضها ، بل تناولت أيضاً موضوع هذه الحجية وشروطها . وهذا هو منحى التقنين الفرنسي ، والتقنين الإيطالي (م ١٣٥١) ، والتقنين الهولندي (م ١٩٥٤) والتقنين الإسباني (م ١٢٥٢) والتقنين الكندي (م ١٢٤١) والتقنين المراكشي (م ٤٥١) والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٣٠٢) . على أن التقنين البرتغالي لا يدرج حجية الشيء المقضي به في عداد القرائن (م ٢٥٠٢ — ٢٥٠٥) بل يدخلها في نطاق الأدلة الكتابية . والواقع أن حجية الشيء المقضي به تنطوي على معنى الدليل ، وإن كانت قاعدة من قواعد نظام القضاء ، ولذلك رؤى إبقاء النص الخاص بها في مشروع التقنين المدني بين النصوص الخاصة بالقرائن القانونية على غرار ما هو متبع في أكثر التقنينات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٠ — ص ٤٢١) .

التعبيرات الفنية في هذا الموضوع مضطربة ، وقد أدى اضطرابها إلى وقوع كثير من اللبس ، وجب البدء في تحرير هذه التعبيرات ، وتنقية الموضوع مما يحوطه من إبهام واضطراب .

فيجب التمييز بين حجية الأمر المقضى (autorité de la chose jugée) وقوة الأمر المقضى (force de la chose jugée) .

فحجية الأمر المقضى معناه أن للحكم حجية فيما بين الخصوم وبالنسبة إلى ذات الحق محلاً وسبباً . فيكون الحكم حجة في هذه الحدود ، حجة لا تقبل الدحض ولا تزحزح إلا بطريق من طرق الطعن في الحكم . وثبتت هذه الحجية لكل حكم قطعي ، أي لكل حكم موضوعي يفصل في خصومة ، سواء كان هذا الحكم نهائياً أو ابتدائياً ، حضورياً أو غيابياً . وتبقى للحكم حجيته إلى أن يزول ، فإن كان غيابياً حتى يزول بالغائه في المعارضة ، وإن كان ابتدائياً حتى يزول بالغائه في الاستئناف ، وإن كان نهائياً حتى يزول بنقضه أو بقبول التماس إعادة النظر فيه (١) .

وقوة الأمر المقضى مرتبة يصل إليها الحكم إذا أصبح نهائياً غير قابل للمعارضة ولا للاستئناف ، أي غير قابل للطعن فيه بطريق من طرق الطعن الاعتيادية ، وإن ظل قابلاً للطعن فيه بطريق غير اعتيادي .

ويجب التمييز في كثير من العناية بين حجية الأمر المقضى وقوة الأمر المقضى ، فكثيراً ما يقع الخلط بينهما في الفقه والقضاء والتشريع (٢) ، وكثيراً ما تستعمل

(١) ولحجية الأمر المقضى معنى آخر في القانون الفرنسي : قابلية الحكم للتنفيذ إلى أن يطعن فيه . ذلك أن الأحكام في القانون الفرنسي تكون قابلة للتنفيذ إلى أن يطعن فيها ، فالذي يقف تنفيذها ليس هو ميعاد الطعن بل هو الطعن ذاته (دى باج ٣ فقرة ٩٤٠ ص ٩٣٧ — ص ٩٣٨) . ويقول دى باج في موضع آخر (جزء ثالث فقره ٩٤٠ ص ٩٤٢) إن الحكم القابل للطعن فيه تكون له حجية الأمر المقضى بالمعنيين ، فهو حجة على الخصوم وقابل للتنفيذ . فإذا ما طعن فيه فعلاً ، زال المعنى الثاني — القابلية للتنفيذ — وبقي المعنى الأول ، إذ يكون حجة على الخصوم إلا أن يؤدي الطعن إلى إلغائه (انظر أيضاً في هذا المعنى أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٥١ وهامش رقم ١١١ مكرر) .

(٢) ومن أسباب هذا الخلط ما يرجع إلى لغة القانون الفرنسي . فالحكم القطعي (définitif) يحوز الحجية (autorité) ، والحكم النهائي (définitif) يحوز القوة (force) ، فوقع الخلط من استعمال لفظ (définitif) بمعنى القطعي والنهائي في وقت واحد . أما في لغتنا العربية =

إحدى العبارتين ويكون المقصود بها العبارة الأخرى . والتقنين المدني الجديد نفسه قد وقع في هذا الخلط حين قال في الفقرة الأولى من المادة ٤٠٥ : «الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضى» وهو يقصد «حجية الأمر المقضى»^(١) . فالحكم القطعي ، نهائياً كان أو ابتدائياً ، حضورياً أو غيابياً ، تثبت له حجية الأمر المقضى كما قدمنا ، لأنه حكم قضائي فصل في خصومة . ولكن هذا الحكم لا يحوز قوة الأمر المقضى إلا إذا أصبح نهائياً غير قابل لا للمعارضة ولا للاستئناف ، بأن كان في ذاته غير قابل للطعن ، أو كان يقبل الطعن وانقضت مواعيده ، أو طعن فيه ورفض الطعن . ففي جميع هذه الأحوال يكون الحكم نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضى ، ولو كان قابلاً للطعن بطريق غير اعتيادي كما أسلفنا . أما إذا كان الحكم قابلاً للمعارضة أو للاستئناف فانه لا يحوز قوة الأمر المقضى ، ولكن تكون له حجية الأمر المقضى ، وتبقى هذه الحجية قائمة ما دام الحكم قائماً ، حتى لو طعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف^(٢) . فاذا ألغى نتيجة للطعن ، زال وزالت معه حجيته . أما إذا تأيد ، ولم يعد قابلاً لا للمعارضة ولا للاستئناف ، بقيت له حجية الأمر المقضى وانضافت لها قوة الأمر المقضى . ومن ثم يتبين أن كل حكم يحوز قوة الأمر المقضى يكون حتماً حائزاً لحجية الأمر المقضى ، والعكس غير صحيح . ويتبين كذلك أن الحكم القطعي في أدنى مراتبه — وهي مرتبة الحكم الابتدائي الغيابي — يكون : (أولاً) له حجية الأمر المقضى ، ولا تزول هذه الحجية إلا بالغاء الحكم عن طريق الطعن فيه . (ثانياً) ليست له قوة الأمر المقضى ، إلى أن يصبح نهائياً (passé en force de chose jugée) ،

= فيسهل التمييز بين الحكم القطعي ويحوز الحجية دون القوة ، والحكم النهائي ويحوز الحجية والقوة معاً .

(١) وكثيراً ما توهم لغة الأحكام القضائية أن الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضى إلا إذا أصبح نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضى : انظر استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١١٣ — ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٩٥ — ١٤ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٢٧ — ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٤ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٥٧ — ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٣ — ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٦ .

(٢) ومع ذلك انظر استئناف مختلط ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٣ (وهو يوقف حجية الحكم بمجرد الطعن فيه ، فإذا ما قبل الطعن زالت الحجية نهائياً) .

فيحوز هذه القوة بالإضافة إلى الحجية . (ثالثاً) على أن الحكم ، حتى إذا وصل إلى هذه المرتبة من القوة ، يبقى ، بالرغم من حيازته لحجية الأمر المقضى ولقوة الأمر المقضى ، معرضاً للإلغاء عن طريق طعن غير اعتيادي . فإذا لم يبلغ ، أوقات الميعاد دون أن يطعن فيه ، أو كان منذ البداية غير قابل للطعن فيه بطريق غير اعتيادي ، استقرت له الحجية والقوة على وجه غير قابل للزوال (١) و (٢) .

(١) ويذهب رأى إلى أن الحكم ، حتى في هذه المرتبة القصوى من الحجية والقوة ، يجوز إلغاؤه بدعوى بطلان (action en nullité) إذا ثبت أن الخصم قد حصل عليه بطريق الغش ، وذلك تطبيقاً للقاعدة التي تقضى بأن الغش يفسد العمل (fraus omnia corrumpit) (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٤ ص ١٠١٧ هامش رقم ٢ وقد أشير إلى حكيم من محكمة النقض الفرنسية : ٦ ديسمبر سنة ١٨٥٩ دالوز ٦٠ — ١ — ١٧ — ١٦ فبراير سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢١ — ١ — ٣٦٤ ، وإلى حكم من محكمة الاستئناف المختلطة : ١٩ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨١) . انظر أيضاً الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢٨٧ هامش رقم ٣ — أما القضاء المختلط الذي أشار إليه بلانيول وريبير وجابولد فيما قدمنا ، فبعض أحكامه تجيز إلغاء الحكم المشوب بالغش عن طريق دعوى بطلان أصلية : استئناف مختلط ٢٧ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٩٥ — ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٥ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٦٦ — ٢٢ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣١٢ — ١٩ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨١ وهو الحكم الذي أشير إليه — ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٤ — ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٩٩ . وأحكام أخرى لا تجيز الطعن في الحكم عن طريق دعوى بطلان أصلية حتى لو كان هذا الحكم مشوباً بالغش ، فلا يطعن في الحكم إلا بطرق الطعن التي قررها القانون لا بدعوى البطلان ، وإذا كانت طرق الطعن هذه قد استنفدت جميعها ، لم يبق للخصم إلا أن يرفع دعوى تعويض مبتدأة عن الضرر الذي لحق به بسبب الغش : استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٨٨ — ٨ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٢٧ — ١٦ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٥٣ — ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٧٩ — ٩ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٧٣ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٧ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٠ — ٦ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٠١ — ١٩ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٢٨ .

(٢) وإلى جانب حجية الأمر المقضى (autorité de la chose jugée) وقوة الأمر المقضى (force de la chose jugée) يوجد قوة الحكم في الإثبات (force probante du jugement) : فالحكم بما يشتمل عليه من وقائع (qualités) وأسباب (motifs) ومنطوق (dispositif) وثيقة رسمية لا تقل في قوة الإثبات عن الأوراق الرسمية الأخرى . وهو في هذا المعنى حجة على الكافة ، لا على الخصوم فحسب . فما دونه القاضي من الوقائع على أنه وقع تحت سمعه أو بصره لا يجوز إثبات عكسه إلا عن طريق الطعن بالتزوير . وما دونه رواية عن الغير يعتبر صحيحاً إلى أن يثبت =

٣٤٣ - الدفع بحجية الأمر المقضى والنسك بحجية الأمر المقضى :

والذى نقف عنده هو حجية الأمر المقضى ، فهو وحده الذى يعيننا هنا (١) .

فالحكم حجية على الخصوم تمنع من طرح النزاع بينهم من جديد . ومتى صدر حكم ، ولو كان حكماً ابتدائياً غيائياً ، وجب على الخصوم احترامه ، فلا يجوز لأحد منهم أن يحدد النزاع بدعوى مبتدأة . ولو رفعت هذه الدعوى لم يجز قبولها ، بل تدفع بحجية الأمر المقضى ، ويطلب الحكم بعدم جواز سماعها لسبق الفصل فيها . ولكن حجية الأمر المقضى لا تمنع من الطعن فى الحكم بالطرق المقررة ، سواء كانت طرقاً عادية أو طرقاً غير عادية . وعند ذلك يطرح النزاع

= عكسه ، ويجوز الإثبات هنا بجميع الطرق ، لأن صاحب الشأن لم يشترك فى تحرير الحكم فهو من الغير . وأسباب الحكم بعضها يتصل اتصالاً وثيقاً بالمنطوق على ما سئرى فيعتبر جزءاً منه ، وبعضها يبقى منفصلاً عن المنطوق ويعتبر من بين أدلة الإثبات التى يقدر القاضى دلالتها وقوتها كما يقدر أى دليل آخر . أما منطوق الحكم فهو أيضاً حجة على الكافة ، لا على الخصوم فحسب . ولكن لغير الخصوم ، ممن يسرى فى حقهم الحكم ، دحض هذه الحجية بإثبات عكسها ، إما عن طريق دعوى مبتدأة ، وإما عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة (tierce-opposition) . ويتبين مما تقدم أنه يجوز لمحكمة الاستئناف ، وهى تؤيد الحكم الابتدائى ، أن تحيل على ما جاء فيه ، وأن تتخذ من أسبابه أسباباً لحكمها باعتبار أن هذه الأسباب أدلة إثبات اقتنعت بها محكمة الاستئناف (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٣ ص ١٠١٦ هامش رقم ٣ — وقد أشير إلى حكم لمحكمة النقض الفرنسية فى هذا المعنى : ١٤ يونيو سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥٠ — ٣٣٠) . وقضت محكمة النقض فى مصر بأن لمحكمة الاستئناف ، إذ هى تؤيد الحكم الابتدائى ، أن تحيل على ما جاء فيه ، سواء فى بيان وقائع الدعوى أو فى الأسباب التى أقيم عليها متى كانت تكفى لحمله . وإذن متى كان الحكم الاستئنافى ، إذ أيد الحكم الابتدائى فيما قضى به من رفض دعوى الطاعنين وأحال على أسباب هذا الحكم الأخير ، قد استند إلى أن الطاعنين لم يثيروا فى استئنافهم جديداً يسوغ العدول عن الحكم الابتدائى ، وكانت هذه الأسباب قد تضمنت بياناً كافياً لوقائع الدعوى ، وكان من شأن هذه الأسباب أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم ، وكان دفاع الطاعنين أمام المحكمة الاستئنافية لا يخرج فى جوهره عنه أمام المحكمة الابتدائية ، وكانوا لم يقدموا صورة رسمية من صحيفة استئنافهم لتأييد ما يدعون من أنهم استندوا إلى أسباب جديدة لم يسبق عرضها على محكمة الدرجة الأولى ، مما يعتبر معه حجة غير منقوضة ما قالت محكمة الاستئناف من أنهم لم يثيروا جديداً فى استئنافهم ، فإن الطعن فى الحكم الاستئنافى لقصوره يكون على غير أساس (نقض مدنى ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥١ ص ٢٦٤) .

(١) وبالمعنى الأول ، أى أن يكون الحكم حجة على الخصوم ، لا بالمعنى الثانى وهو قابلية الحكم للتنفيذ .

من جديد أمام القضاء ، المحكمة ذاتها التي أصدرت الحكم أو محكمة أعلى ، فتؤيد الحكم أو تلغيه . ولكنها في الحالتين لا تكون قد أصدرت حكماً قائماً إلى جانب الحكم الأول ، فهي إذا أيدته بقي الحكم واحداً ، وإذا ألغته زال الحكم الأول وبقي الحكم الثاني وحده . فالذي لا يجوز ، بمقتضى حجية الأمر المقضى ، هو رفع دعوى مبتدأة بالخصومة ذاتها ، أو رفع دعوى بطلان الحكم الذي ثبتت له الحجية^(١) . بل إنه لا يجوز ، بعد أن تدفع الدعوى الجديدة بحجية الأمر المقضى ، أن يطلب المدعى استجواب خصمه للحصول منه على إقرار بأن الحكم الذي صدر في الدعوى الأولى غير صحيح ، أو أن يوجه إليه اليمين الحاسمة ليحلف على أن هذا الحكم صحيح فيما يعلم ، فالحكم عنوان الحقيقة ، ولا تدحض حجيته حتى بالإقرار أو اليمين^(٢) .

وقد أخذ الفقه أخيراً يميز ، في حجية الأمر المقضى ، بين الدفع بهذه الحجية وبين التمسك بها . فهذان شيئان منفصلان . الأول هو ، كما رأينا ، دفع موضوعي يهدف إلى عدم قبول الدعوى الجديدة ، والمدعى عليه هو الذي يدفع به هذه الدعوى . أما الثاني فليس بدفع ، بل هي حجية الأمر المقضى ذاتها يتمسك بها المدعى في دعوى يقيمها هو . فقد يكون مجنياً عليه في جريمة وصدر حكم جنائي بادانة المتهم ، فيتمسك في دعوى التعويض المدنية التي يرفعها ضد المحكوم عليه بحجية الحكم الجنائي فيما يتعلق بالوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً (م ٤٠٦ مدني) . وقد يستصدر حكماً من المحكمة الشرعية بثبوت نسبه من المورث في مواجهة الورثة ، ثم يرفع على هؤلاء الورثة دعوى استحقاق لنصيبه في الإرث ، يتمسك فيها بحجية الحكم الصادر من المحكمة الشرعية . ففي الحالتين يتمسك بحجية الأمر المقضى كمدع - ولا يدفع بها كمدعى عليه - أمام المحكمة المدنية . غير أنه في الحالة الأولى يتمسك بحجية الأمر المقضى في حكم

(١) أما إذا كان الحكم قد شابه الغش فهناك قول بجواز رفع دعوى البطلان ، وقد سبق أن أشرنا إلى اختلاف أحكام القضاء المختلط في هذه المسألة .

(٢) ويقول دى پاچ إنه لا يصح الغلو في إبراز أهمية عدم جواز دحض حجية الأمر المقضى بالإقرار واليمين ، فالأمر في ذلك لا يعدو أن يكون مألوفاً ، إذ اليمين هنا لا يجوز توجيهها لمن صدر الحكم لمصلحته ، فإنه لا يستطيع أن يحلف على صحة الحكم وهو أمر لا يتعلق بشخصه بل يتعلق بالقاضي ، أما بالنسبة إلى الإقرار فيصعب أن نتصور المحكوم له يقر بعدم صحة الحكم الصادر لمصلحته (دى پاچ ٣ فقرة ٩٤٢ ص ٩٤٦) .

صدر من محكمة جنائية ، وفي الحالة الثانية يتمسك بهذه الحجية في حكم صدر من محكمة شرعية . ويجوز أن يتمسك بهذه الحجية أمام المحكمة المدنية في حكم صدر من محكمة مدنية أخرى . ويتحقق ذلك في الفرض الآتي : يحصل المستأجر على حكم بصحة عقد الإيجار في مواجهة المؤجر ، وقبل أن يتسلم العين المؤجرة يبيعها المؤجر من آخر ، فيرفع المستأجر دعوى على المشتري يطالبه فيها بتسليمه العين ، ويتمسك في هذه الدعوى بحجية الحكم الصادر بصحة عقد الإيجار في الدعوى السابقة (١) .

وقد قيل ، إمعاناً في التمييز بين التمسك بحجية الأمر المقضي والدفع بهذه الحجية ، ان لكل منهما شروطاً تتميز عن شروط الآخر . فالشروط الواجب توافرها في الحكم لتثبت له الحجية ، وسندكرها فيما يلي ، هي شروط التمسك بحجية الأمر المقضي . أما شروط الدفع فهي الشروط الواجب توافرها في الخصوم والمحل والسبب ، التي سيرد ذكرها تفصيلاً . وقيل أيضاً ان هناك أحكاماً يمكن فيها التمسك بالحجية دون الدفع ، وهي الأحكام التي يقتصر فيها القاضي على أن يقرر ثبوت بعض الوقائع أو نفيها دون إصدار أمر إلى الخصوم ، كالحكم بصحة التوقيع والحكم بصحة التعاقد . وعلى العكس من ذلك هناك أحكام يمكن فيها استعمال الدفع دون التمسك بالحجية ، وهي الأحكام التي يقتصر فيها القاضي على إصدار أمر للخصوم دون أن يقرر شيئاً من حيث ثبوت الوقائع المتنازع عليها أو نفيها ، كالحكم بتعيين خبير أو بالإحالة على التحقيق أو بفرض نفقة مؤقتة (٢) .

على أننا لا نرى الإغراق في التمييز ما بين الدفع بحجية الأمر المقضي والتمسك بهذه الحجية . فهما وجهان متقابلان لشيء واحد . وحجية الأمر المقضي قد يتمسك بها المدعى كما رأينا في الأمثلة المتقدمة ، وقد يتمسك بها المدعى عليه كدفع يطلب فيه عدم جواز سماع الدعوى لسبق الفصل فيها وهذا ما يقع في

(١) انظر بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٣٦ : ويقولان ان الدفع بحجية الأمر المقضي سبق في الظهور التمسك بحجية الأمر المقضي .

(٢) انظر في هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٦٦ ص ٢٧٩ وفقرة ١٧٣ ص ٢٩٥ .

الغالب . وفي الحالتين تبقى حجية الأمر المقضى شيئاً واحداً ، له شروط واحدة ، دفعاً كان أو غير دفع (١) .

٣٤٤ - الأساس الذى تقوم عليه حجية الأمر المقضى : تقوم حجية الأمر المقضى ، دفعاً كانت أو غير دفع ، كما صورها المشرع فى التقنين المدنى المصرى ، على أساس قرينة قانونية قاطعة ، ما فى ذلك من شك . فقد جاء نص المشرع صريحاً فى هذا المعنى ، إذ يقرر أن « الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة » . فالمشرع يفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن الحكم هو عنوان الحقيقة ، وأن الحقيقة القضائية قرينة قاطعة على الحقيقة الواقعة (Res judicata pro veritate habetur) . قد تنحرف الحقيقة القضائية ، فى القلة النادرة من الأحوال ، عن الحقيقة الواقعة ، ولكنها فى الكثرة الغالبة من الأحوال تطابقها . فتقوم القرينة إذن - ككل قرينة قانونية أخرى - على الراجح الغالب الوقوع . ووجب أن تكون هذه القرينة قاطعة لا يجوز دحضها ، بصريح النص ، لاعتبارين أساسيين :

(الاعتبار الأول) أن الحكم متى فصل فى خصومة كان لا بد من الوقوف عنده ، لوضع حد لتجدد الخصومات والمنازعات . فلا يجوز للخصم المحكوم عليه أن يعيد طرح النزاع على القضاء بدعوى مبتدأة . ولو سمح القانون بذلك لما أمكن أن يقف عند حد . إذ يصبح لكل من الخصمين أن يجدد النزاع مرة بعد أخرى : هذا يحصل على حكم لمصلحته ، ثم يعيد خصمه طرح النزاع بدعوى جديدة وقد يحصل هو الآخر على حكم لمصلحته ، ثم يعود الخصم الأول إلى تجديد النزاع فيحصل على حكم ثالث ، وهكذا . فتتأبد الخصومات والمنازعات ، وليس هذا من مصلحة الناس فى شيء .

(الاعتبار الثانى) أنه إذا سمح القانون بتجديد النزاع بدعوى مبتدأة ، لجاز

(١) انظر بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٣٦ - وقارن التمييز بين حجية الأحكام أو قوتها فى الإثبات بوجه عام وبين أثر الأحكام الملزم أو الدفع بسبق الفصل عند الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٦٦ - فقرة ١٧٢ .

لكل من الخصمين أن يحصل على حكم يتعارض مع الحكم الذي حصل عليه الخصم الآخر . فتقوم أحكام متعارضة في ذات النزاع وبين نفس الخصوم . ولا شك في أن هذا التعارض يجعل من المتعذر تنفيذ الأحكام القضائية ، إذ لا يعرف على وجه اليقين من من الخصمين صاحب الحق ، فكل منهما قد قضى لصالحه . هذا إلى أن التعارض ما بين الأحكام من شأنه أن يفض من كرامة القضاء ، وأن يفقده احترامه في النفوس^(١) .

والصحيح أن حجية الأمر المقضى ، كما قدمنا ، قاعدة موضوعية

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « وقوام حجية الشيء المقضى به هو ما يفرضه القانون من صحة مطلقة في حكومة القاضى . فهذه الحجة تفترض تنازعا بين المصالح يستتبع الترافع إلى القضاء ، وليس شك في أن صحة الحكومة لا تعتبر حتماً تقتضيه طبيعة الأشياء . ذلك أن القضاة تعوزهم العصمة ، شأنهم في هذه الناحية شأن البشر كافة . بيد أن المشرع أطلق قرينة الصحة في حكومة القاضى رعاية لحسن سير العدالة واتقاء لتأييد الخصومات . فأساس هذه القرينة هو النص المقرر لحجية الشيء المقضى به ، وقد نصت المادة ٢٩٧/٢٣٢ من التقنين المدنى (السابق) صراحة على أن « الأحكام التى صارت انتهائية تكون حجة بالحقوق الثابتة بها ، ولا يجوز قبول إثبات ما يخالفها » . ويرى الشارع من وراء تقرير حجية الشيء المقضى به إلى كفالة حسن سير العدالة وضمان الاستقرار من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية . فحكومة القضاء يجب أن تضع حداً لكل نزاع مادامت طرق الطعن المقررة قد استنفدت بإزائها ، ويجب كذلك أن تكون بآمن من التعارض مع حكومة لاحقة ، وهو أمر يصبح يسير الوقوع لو أتيح عود الخصوم أنفسهم إلى عين الدعوى التى قضى فيها نهائياً . وينحصر أثر القرينة القانونية الخاصة بحجية الشيء المقضى به في تحويل الخصوم حق « الدفع بسبق الفصل » وتحويل المحاكم حق إثارته من تلقاء نفسها (وهذا عكس ما تقرر في المشروع التمهيدى) . ويراعى أن هذا الدفع يعتبر دفعاً قطعياً بعدم القبول ، يترتب عليه امتناع التقاضى بالنسبة لكل طلب أو ادعاء جديد بين الخصوم أنفسهم متى اتحد مع ماسبق الفصل فيه سبباً وموضوعاً . وعلى هذا النحو يمتنع على الخصوم الترافع إلى القضاء لإعادة طرح نزاع سبق الفصل فيه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢١ - ص ٤٢٢) .

هذا ويلاحظ أن المشروع الأول للإثبات — الذى تكررت الإشارة إليه — كان يتضمن نصاً (المادة ٢٩ من هذا المشروع) يقضى بأن حجية الأمر المقضى من النظام العام . وقد برز أثر هذا النص في المذكرة الإيضاحية حيث تقول : « وتحويل المحاكم حق إثارته من تلقاء نفسها » . ولكن المشروع التمهيدى أخذ بوجهة النظر العكسية ، وقرر أنه « لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها » . وبالرغم من ذلك لم تعدل المذكرة الإيضاحية التعديل الذى يساير ما أخذ به المشروع التمهيدى (انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢٩٣ هامش رقم ١ وص ٢٩٩ هامش رقم ٢) .

(règle de fond) العلة فيها قد اختفت، ولم تعد بارزة كما تبرز العلة إلى جانب القرينة القانونية. وهى، ككل قاعدة موضوعية أخرى، قد استغرقت علتها، ولم يعد للعلة محل للعمل معها. فالمشرع، عندما يقرر حجية الأمر المقضى، يقرر — كما يقرر فى أية قاعدة موضوعية — أن الحقيقة التى قررها الحكم هى الحقيقة الواقعة، ما فى ذلك من معدى ولا من مناص، كما يقرر أن حائز المنقول مالك له، وأن من حاز عقاراً مدة معينة يكون هو المالك، وما إلى ذلك من القواعد الموضوعية التى سبقت الإشارة إليها. والذى يقطع فى أن حجية الأمر المقضى ينبغى أن تكون قاعدة موضوعية لا قرينة قانونية، أن هذه الحجية لا تدحض، كما رأينا، لا بالإقرار ولا باليمين^(١). وهذه علامة حاسمة على أنها قاعدة موضوعية، فالقرائن القانونية ولو كانت قاطعة تدحض دائماً، كما قدمنا، بالإقرار واليمين^(٢).

ومهما يكن من أمر، فالمشرع هو الذى يمسك بزمام القواعد الموضوعية والقرائن القانونية، كما سبق القول، وقد رأى أن يجعل من حجية الأمر المقضى قرينة قانونية، فلا بد من التسليم بهذا التكييف، وقد مضت الإشارة إلى ذلك^(٣).

(١) وحتى لو سائرنا الرأى الذى يذهب إلى أن القرينة القانونية القاطعة لا يجوز دحضها بالإقرار واليمين إذا كانت متعلقة بالنظام العام، فإن حجية الأمر المقضى لا تعتبر من النظام العام، كما هو مقتضى نص الفقرة الثانية من المادة ٤٠٥، فكان الواجب إذن جواز دحضها بالإقرار واليمين لو أنها كانت قرينة قانونية. وسنرى فيما يلى أن حجية الأمر المقضى ليست من النظام العام فى المسائل المدنية.

(٢) بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٣٧ — انسيكلويدى دالوز ١ لفظ Chose jugée فقرة ٢ — ديكوتينيس فى القرائن فى القانون الخاص فقرة ٤٩ ص ١١٠ — ص ١١٦ (ويبحث بنوع خاص أهمية القول بأن حجية الأمر المقضى قاعدة موضوعية لا قرينة قانونية من ناحية تنفيذ الأحكام الأجنبية).

(٣) هذا ولا يجهل الفقه الإسلامى مبدأ حجية الأمر المقضى. جاء فى الأشباه والنظائر (ص ١٢٦ — ص ١٢٧): «لا يصح رجوع القاضى عن قضائه، فلو قال رجعت عن قضائى، أو وقعت فى تلبيس الشهود، أو أبطلت حكى، لم يصح، والقضاء ماض، كما فى الخانية. وقيد فى الخلاصة بما إذا كان مع شرائط الصحة، وفى الكنز بما إذا كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة». وجاء أيضاً فى الأشباه والنظائر فى مكان آخر (ص ١١٩): «المقضى عليه فى حادثة لا تسمع دعواه ولا بينته، إلا إذا ادعى تلقى الملك من المدعى أو التناج أو برهن =

٣٤٥ — حجية الأمر المقضي ليست من النظام العام في المسائل

المردية : قد يبدو لأول وهلة ، بعد أن استعرضنا الاعتبارين الأساسيين اللذين تقوم عليهما حجية الأمر المقضي ، أن هذه الحجية هي من النظام العام ، فوضع حد لتجدد الخصومات ، وعدم جواز قيام أحكام متعارضة مما يغض من كرامة القضاء ، كل هذه اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة .

ولو قلنا إن حجية الأمر المقضي هي من النظام العام لترتب على ذلك أن الخصوم لا يملكون النزول عن التمسك بها ، وأنه يجوز للقاضي إثارة هذه الحجية من تلقاء نفسه دون أن يتمسك بها الخصوم ، بل ويجوز للخصوم أن يتمسكوا بها لأول مرة أمام محكمة النقض . أما إذا لم تتعلق حجية الأمر المقضي بالنظام العام ، فإن عكس هذه النتائج هو الذي يترتب : فيجوز للخصوم النزول عنها ، ولا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه إذا لم يتمسك بها الخصوم ، ولا يجوز للخصوم أن يتمسكوا بها لأول مرة أمام محكمة النقض .

هناك مسألة انعقد عليها الإجماع ، هي أن حجية الأمر المقضي تعتبر من

= على إبطال القضاء ، كما ذكره العماوي ، والدفع بعد القضاء بواحد مما ذكر صحيح وينقض القضاء . فكما يسمع الدفع قبله يسمع بعده ، لكن بهذه الثلاث . وانظر في أن قضاء القاضي لا ينقض برجوع الشاهد عن شهادته بعد القضاء ، حتى قبل الإمضاء (أي تنفيذ الحكم) ، إلا في القصاص والحدود لأنها تدرأ بالشبهات ، إلى الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٤٠٤ - ص ٤٠٧ .

ولكن يرد على مبدأ حجية الأمر المقضي في الفقه الإسلامي استثناءات بلغت من الكثرة حداً جعل الفكرة السائدة أن الفقه الإسلامي لا يقر المبدأ ذاته . ويذكر الأستاذ موران (Morand) في كتابه « دراسات في الفقه الإسلامي الجزائري ص ٣٣٧ - ص ٣٥٧ » أن الفقه الإسلامي يقر مبدأ حجية الأمر المقضي ، وأن القول بغير ذلك سببه كثرة الاستثناءات التي ترد على هذا المبدأ ، وأن المبدأ ذاته ليس من النظام العام كما هو الأمر في الفقه الحديث على ما سنرى . فلو صدر حكم في قضية ، وعاد المحكوم عليه إلى رفعها من جديد ، ولم يتمسك المحكوم له بحجية الأمر المقضي ، أعاد القاضي النظر في القضية لأنه لا يستطيع أن يثير هذا الدفع من تلقاء نفسه . أما إذا تمسك المحكوم له بحجية الأمر المقضي ، فإنه يجب على القاضي أن يجيبه إلى طلبه : ويقول الأستاذ موران بحق أن الاستثناءات الكثيرة التي ترد على المبدأ ليست في الواقع إلا وجوهاً للطعن في الحكم تقابل وجوه الطعن المعترف بها في القوانين الحديثة (انظر أيضاً في هذه المسألة رسالة مارنير (Marneur) في نظرية الإثبات في الفقه الإسلامي ص ٣١١ - ص ٣٢٣) .

النظام العام في المسائل الجنائية^(١) ، أى في حكم يصدر من محكمة جنائية ويحتج به أمام محكمة جنائية . والعلة في ذلك ظاهرة . فان الحكم الذى يصدر في جريمة بالإدانة أو بالبراءة يعنى النظام العام في المقام الأول ، ولا يجوز أن يترك أمر هذا الحكم للخصوم يتصرفون فيه كما يشاءون . بل متى صدر الحكم الجنائي وجب أن تكون له حجية مطلقة ، لا بالنسبة إلى الخصوم فحسب ، بل أيضاً في حق الكافة (erga omnes) . ذلك أن المتهم إنما يدان أو يبرأ باسم المجتمع ولمصلحة المجتمع العليا ، فالمجتمع ممثل دائماً في المحاكم الجنائية . ولهذا المحاكم سلطة واسعة في تحرى الحقائق ، فما تكشفه منها يكون أقرب إلى الصدق ، وهو حجة على المحاكم المدنية والجنائية ، بل هو حجة على الناس جميعاً^(٢) . ومن ثم كان للقاضي في الدعوى الجنائية أن يثير من تلقاء نفسه حجية الأمر المقضى ولو لم تتمسك بها الخصوم ، ويجوز للخصوم التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض^(٣) ، ولا يجوز لهم النزول عنها .

أما في الدعوى المدنية ، ولو كانت تنظر أمام المحاكم الجنائية ، فيكاد الإجماع ينعقد على أن حجية الأمر المقضى ليست من النظام العام^(٤) . بل هي لا تعدو أن

(١) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠٨ .

(٢) دى پاچ ٣ فقرة ٩٤٢ ص ٩٤٤ .

(٣) استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٣ .

(٤) قلنا يكاد ، لأن هناك رأياً مرجوحاً يعتبر حجية الأمر المقضى من النظام العام في الدعاوى المدنية ، فيجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه ، ويجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ، ولا يجوز النزول عنها (استئناف أهلى ٢٨ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٩٤ — ١٥ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ١٨٣ — محكمة الزقازيق الجزئية ٢٠ مايو سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٤ رقم ١٣٣ ص ٤٠٩ — استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٢) .

على أن التسليم بأن حجية الأمر المقضى قرينة لا يجوز نقضها لا بالإقرار ولا باليمين لا يجعل القول بأن هذه القرينة ليست من النظام العام مستقيماً من الناحية الفقهية . فالقراثن التى لا يجوز نقضها لا بالإقرار ولا باليمين لا بد أن تكون من النظام العام . ومن ثم اضطرب الأمر وتضاربت الآراء في تعليل هذا التعارض .

فرأى يذهب إلى أن حجية الأمر المقضى ، بالرغم من أنها شرعت لمصلحة عامة من الناحية الاجتماعية (intérêt général d'ordre social) ، إلا أنها لا تتعلق بالنظام العام (ordre public) إلا من ناحية عدم جواز دحضها بالإقرار واليمين (دى پاچ ٣ فقرة ٩٤٢ ص ٩٤٤ =

تكون دليلاً على الحق ، والخصم يملك الحق نفسه ، ويملك النزول عنه ، ويستطيع أن يتفق مع خصمه على الطرق التي تتبع لإثباته كما قدمنا . فيجوز إذن للخصم أن ينزل عن حجية الأمر المقضي^(١) ، ولا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه

= ص ٩٤٦ - أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٥٧ - ص ٤٥٨ - لوران ٢٠ فقرة ١٣٥ - بلانيول وريير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٢ ص ١٠١٥ - ص ١٠١٦ - جارسونيه وسيزاربري ٣ فقرة ٧٠٣ وهامش رقم ٥ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٧٤) .

ورأى آخر يذهب إلى أن حجية الأمر المقضي من حيث إنها قرينة قانونية تعتبر من النظام العام فلا تدحض حتى بالإقرار أو اليمين ، ومن حيث إنها دفع لا تعتبر من النظام العام فلا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه ولا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ويجوز للخصوم النزول عنها . وكنا من القائلين بهذا الرأي في الموجز (ص ٧٣١ هامش رقم ٢ - ويذهب الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٧٣١ - فقرة ٧٣٢ إلى أن حق الدفع بقوة الشيء المحكوم فيه مبني على النظام العام ، إلا أن الدفع ذاته ليس من النظام العام) . ويؤخذ على هذا الرأي أنه ما دام الدفع مترتباً على القرينة ، وما دامت القرينة من النظام العام ، فكان الواجب أن يكون الدفع هو أيضاً من النظام العام .

والذي يزيل التعارض في نظرنا هو أن حجية الأمر المقضي ، كما مضى القول ، قاعدة موضوعية (règle de fond) . لا قرينة قانونية من قواعد الإثبات (règle de preuve) . وهي في الوقت ذاته قاعدة ليست من النظام العام ، لأنها إنما تعني بمصالح الأفراد الخاصة ولا تتعلق بمصلحة المجتمع العليا . فهي كقاعدة موضوعية لا تدحض بالإقرار أو اليمين ، وهي كقاعدة ليست من النظام العام لا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه ولا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ويجوز للخصوم النزول عنها . ثم هي دفع موضوعي لا دفع شكلي ، ومن ثم جاز إبداء هذا الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (لا أمام محكمة النقض) ، ولو كان الدفع شكلياً لسقط حق التمسك به إذا لم يبد قبل الدخول في الموضوع (استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٧) .

(١) صراحة أو ضمناً ، ومتى نزل الخصم عنها فلا يجوز له الرجوع فيما نزل . وقد قضت محكمة النقض بأن التنازل البات عن الدفع بقوة الشيء المحكوم فيه لا يجوز الرجوع فيه ، إذ أن هذا الدفع ليس من النظام العام ، ولا هو وسيلة من وسائل الدفاع يتركها صاحبها بمشيئته ، بل هو حق من الحقوق الخاصة إن شاء صاحبه استمسك به أو شاء عدل عنه . وليس للقاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه . فإذا ما تنازل عنه صاحبه فلا سبيل له للرجوع إليه ، لأن التنازل عن الحق هو عمل فردي ملزم لصاحبه بدون حاجة إلى قبول يصدر من الآخر . وإذا استنبطت محكمة الموضوع تنازل أحد الخصوم عن الدفع بقوة الشيء المحكوم فيه من عبارة صدرت منه صالحة لإفادة هذا التنازل ، فلا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩٠ ص ١٦٢) . انظر أيضاً محكمة الفشن ٢٤ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٦٠) .

إذا لم يتمسك بها الخصم^(١) ، ولا يجوز للخصم التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض^(٢) ، وإن كان يجوز له التمسك بها في أية حالة كانت عليها الدعوى أمام

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حجية الأحكام يجب لاعتبارها أن يتمسك بها ذوو الشأن . فإذا كان الثابت بالحكم أن النزاع في صحة عقد الإيجار قد أثر أمام المحكمة ، فكان ردها في خصوصه رداً موضوعياً مبنياً على أن العقد صحيح ملزم ، دون أية إشارة إلى حصول تمسك من الخصوم بحجية حكم سابق قضى بصحة هذا العقد ، فإن استناد المطعون عليه إلى هذا الحكم السابق في طلب إبرام الحكم المطعون فيه لا يكون له محل (نقض مدني ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٨ ص ٣٥٤ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمي في هامش ص ٣٥٦) . انظر أيضاً : استئناف أهلي ٢٨ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٩٤ - ١٥ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ١٨٣ - طنطا ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ ص ١٢ - استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٧ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٢ .

(٢) نقض جنائي ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٠٢ ص ٦٩٠ . نقض مدني ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٨ ص ٣٥٤ (وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه) - انظر أيضاً بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٢ ص ١٠١٦ هامش رقم ٢ . هذا ويلاحظ أن المادة ٤٠٦ من تقنين المرافعات تنص على أن « للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أي حكم انتهائي - أي كانت المحكمة التي أصدرته - فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الشيء المحكوم به (passé en force de chose jugée) ، سواء أرفع بهذا الدفع أم لم يرفع » - وليس هذا معناه أنه يجوز التمسك بالدفع لأول مرة أمام محكمة النقض . بل إن هذا وجه خاص للطعن بالنقض ، يختلف عن إمكان إبداء الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض فيما يأتي : (١) للتمسك بهذا الوجه يجب صدور حكم سابق حاز لقوة الشيء المحكوم فيه ، أي حكم نهائي . ولو كان هذا دفعاً يبدى لأول مرة أمام محكمة النقض ، لكان يكفي أن يكون هناك حكم قطعي حاز لحجية الأمر المقضي ولو لم يكن حكماً نهائياً . (ب) في الحكم النهائي المطعون فيه أمام محكمة النقض بهذا الوجه الخاص لم يكن يجوز للمحكمة أول درجة ولا لمحكمة الاستئناف أن تثير الدفع من تلقاء نفسها ، ولو كان هذا دفعاً يبدى لأول مرة أمام محكمة النقض لكان من النظام للعام ، ولجاز لمحكمتي الموضوع أن تثيراه ولو لم يتمسك به الخصوم . انظر في هذا الوجه الخاص من الطعن : نقض مدني ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٦ ص ١٢٦ - ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٨ ص ٢٥٢ - ٢ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٨ ص ٧٤٩ - ١٦ يناير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٧ ص ١٠٤٢ - ٢١ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٠ ص ٧٦ - ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧١ ص ١٩٣ - ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٥ ص ٥٦ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٣ ص ١٧٨ - ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٣ ص ٦٧٥ - ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤ ص ٩١ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٢ ص ٤٢١ - ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة =

محكمة الموضوع في الدرجة الابتدائية وفي الدرجة الاستئنافية (١). وقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٤٠٥ من التقنين المدني ، تأييداً لهذا الحكم ، بأنه لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بحجية الأمر المقضي من تلقاء نفسها (٢).

٣٤٦ — حجية الأمر المقضي لا تمنع من تفسير الحكم ولا من تصحيحه :

ولا تمنع حجية الأمر المقضي من تفسير الحكم الذي ثبتت له هذه الحجية ، وفقاً للأوضاع المقررة في تقنين المرافعات (م ٣٦٦ - ٣٦٧) ؛ ولا من الفصل فيما عسى أن تكون المحكمة قد أغفلت الفصل فيه من بعض الطلبات الموضوعية (م ٣٦٨ مرافعات) ، ولا من تصحيح ما عسى أن يكون قد وقع في الحكم من أخطاء مادية بحتة ، كتابية كانت أو حسابية ، بشرط ألا يتخذ التصحيح ذريعة لإعادة النظر في موضوع الحكم (٣).

= أحكام النقض ٢ رقم ٥١ ص ٢٦٤ - ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٢ ص ٦٧٤ - ٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٧ ص ٣٩٦ .
ويلاحظ أن هذا الوجه الخاص من وجوه النقض يقابله في فرنسا وجه مماثل ، ولكنه يفتح باب التماس إعادة النظر لا باب النقض ، بشرط أن يكون الحكم المتعارضان قد صدرا من محكمة واحدة (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٥٩) .

(١) استئناف أهلي ٢٨ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٩٤ - ١٥ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ١٨٣ (وقد سبقت الإشارة إلى هذين الحكمين ، ويلاحظ أنهما يزيدان أن الدفع يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض كما قدمنا ، وهذا خطأ لأن الدفع ليس من النظام العام) - جرجا ٧ مارس سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ١٠٩ - طنطا الجزئية ١٦ أبريل سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٦٩ - استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥٢ - ٢١ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٠٨ - أنظر أيضاً : نقض فرنسي ١٤ يونيو سنة ١٩٥٠ داللو ١٩٥٠ - ٥٣٤ - وقارن حكم محكمة القضاء الإداري ٢٢ مارس سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٢ رقم ٤٢ ص ١٥٩ .

(٢) وقد قدمنا أن المشروع الأول للإثبات كان يقضي في المادة ٢٩ منه بأن حجية الأمر المقضي من النظام العام ، وأن هذا كان له أثره في المذكرة الإيضاحية (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٢ - ٤٢٣) حيث تذكر في أكثر من موضع أن هذه الحجية من النظام العام . ولم تعدل المذكرة لتساير النص بعد تعديله ، وقد سبق التنبيه إلى ذلك .

(٣) استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٣ - ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٧ - أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٨ - ١١ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٨ - ١٨ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٥٠ - ٢٦ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٣ =

٣٤٧ - الصور المختلفة لحجية الأمر المقضى : ولحجية الأمر المقضى

صور مختلفة . فقد يحتج بحكم جنائى أمام محكمة جنائية ، وهذا لاشأن لنا به وهو من مباحث القانون الجنائى . والذي يعيننا هو أن يحتج بالحكم أمام محكمة مدنية ، سواء صدر هذا الحكم من محكمة مدنية^(١) أو من محكمة جنائية .

أما الاحتجاج بالحكم الصادر من محكمة جنائية أمام محكمة مدنية - وهو ما عرضت له المادة ٤٠٦ من التقنين المدنى إذ تنص على أنه « لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى إلا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً » - فقد مضى القول فيه فى الجزء الأول من الوسيط^(٢) .

فلا يبقى إلا الاحتجاج بحكم صادر من محكمة مدنية أمام محكمة مدنية . وهذا الذى نقتصر عليه فى بحثنا هنا .

٣٤٨ - النصوص القانونية : وفى هذا الصدد تنص المادة ٤٠٥ من

التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ - الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة . ولكن لا تكون لتلك

= ص ١٥٢ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٢٠ - ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧١ - ٢٧ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤١٥ - ٧ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٥٨ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٦٧ - ٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٩ - ٣ يونيو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٤٨ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٦ - ١٩ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٤٥ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٦٣ - ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٤ .

ولما كانت حجية الأمر المقضى تغنى عن الدخول فى موضوع الدعوى ، لذلك يجب البت فى هذا الدفع قبل البت فى الموضوع ذاته (استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٠) . وإذا كان هناك شك فيما إذا كانت هذه الحجية قائمة ، وجب تفسير الشك لمصلحة من وجه الدفع ضده (استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨) .

(١) والمقصود بالمحكمة المدنية هنا هو المعنى الواسع ، أى ألا تكون المحكمة محكمة جنائية . فقد تكون محكمة مدنية أو تجارية أو إدارية أو شرعية أو ملية أو غير ذلك .

(٢) الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٣١ - فقرة ٦٣٤ ص ٩٤٢ - ٩٥٦ .

الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم ، دون أن تتغير صفاتهم ، وتعلق بذات الحق محلاً وسبباً .

« ٢ — ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها »^(١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣٢/٢٩٧^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري

المادة ٩٠ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٠٣ ، وفي تقنين أصول المحاكمات

المدنية اللبناني المادة ٣٠٤ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٩٣^(٣) .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٥١^(٤) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٤٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر

عليه في التقنين الجديد إلا في بعض فروق لفظية طفيفة . وفي لجنة المراجعة زالت هذه الفروق ، وأصبح النص هو المادة ٤١٨ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٥ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٠٤ وص ٤٢٣ — ٤٢٤) .

(٢) وكانت المادة ٢٣٢/٢٩٧ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتى : « الأحكام التى صارت انتهائية تكون حجة بالحقوق الثابتة بها ، ولا يجوز قبول إثبات على ما يخالفها إذا لم يكن اختلاف في الحقوق المدعى بها ولا في الموضوع ولا في السبب ولا في الصفة المتصف بها الأخصام » . وإذا كان نص التقنين المدني الجديد أكثر دقة وأوسع إحاطة من هذا النص ، فإنه مع ذلك لم يستحدث من الأحكام الجديدة . فالتقنينان الجديد والقديم سواء من حيث الأحكام في هذا الموضوع .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ٩٠ : مطابق لنص التقنين المدني المصرى .

التقنين المدني العراقى م ٥٠٣ : مطابق لنص التقنين المدني المصرى .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانية م ٣٠٤ : « لا قوة للقضية المحكمة إلا فيما يختص بالشئ

الذى كان موضوعاً للحكم ، فيجب أن يكون الشئ المطلوب هو ذاته ، وأن يكون الطلب مبنياً على السبب نفسه ، وأن تكون الدعوى بين المتداعين أنفسهم ، وأن تكون مقامة منهم أو عليهم بالصفة نفسها » . ولا يختلف هذا النص في حكمه عن نص التقنين المدني المصرى .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٣٩٣ : مطابق لنص التقنين المدني المصرى .

(٤) التقنين المدني الفرنسى م ١٣٥١ : « لا تقوم حجية الأمر المقضى إلا بالنسبة إلى موضوع

الدعوى . ويجب أن يكون الشئ المطلوب واحداً ، وأن يكون الطلب مبنياً على السبب نفسه ، وقائماً بين الخصوم أنفسهم ، ومقاماً منهم أو عليهم بالصفة نفسها » .

Art. 1351 : L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.

٣٤٩ — شروط قيام حجية الأمر المقضى : ويتبين من نص التقنين المدني المصرى المتقدم الذكر أن هناك شروطا يجب أن تتوافر لقيام حجية الأمر المقضى .
وهذه الشروط قسمان : قسم يتعلق بالحكم ، وآخر يتعلق بالحق المدعى به (١) .

المبحث الأول

الشروط الواجب توافرها فى الحكم

٣٥٠ — شروط ثلاثة : لا تقوم حجية الأمر المقضى إلا إذا توافر فى الحكم شروط ثلاثة :
(أولاً) أن يكون حكماً قضائياً .
(ثانياً) أن يكون حكماً قطعياً .
(ثالثاً) أن يكون التمسك بالحجية فى منطق الحكم لا فى أسبابه .

المطلب الأول

حكم قضائى

٣٥١ — حكم صادر من جهة قضائية : يجب للتمسك بحجية الأمر المقضى أن يكون هناك حكم صادر من جهة قضائية :
فالفتوى — أيا كانت جهة الإفتاء — لا حجية لها (٢) .

(١) ويجعل الأستاذ سليمان مرقس الشروط المتعلقة بالحكم شروطاً لحجية الأمر المقضى (أصول الإثبات فقرة ١٧٥) ، والشروط المتعلقة بالحق المدعى به شروطاً للدفع بحجية الأمر المقضى (أصول الإثبات فقرة ١٨٠) .

(٢) لا حجية للفتوى الشرعية ، وإن كان من الجائز الاستئناس بها (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩١) .

والقرار الإداري ، وهو صادر من جهة إدارية لا من جهة قضائية ، لا تكون له حجية الأمر المقضي . فيجوز للجهة الإدارية التي أصدرته ، أو جهة إدارية أعلى منها ، أن تسحبه . ولكن هناك جهات إدارية ذات اختصاص قضائي ، كـلجان مخالقات الري ولجان الشياخات ولجان الإجازات ، فهذه تكون القرارات الصادرة منها حائزة لحجية الأمر المقضي مادامت قد صدرت في حدود اختصاص الجهة التي أصدرتها^(١) . ولا حجية لهذه القرارات فيما جاوز هذه الحدود . فـمجالس التأديب جهات إدارية ذات اختصاص قضائي ، ولكن اختصاصها مقصور على المحاكمة التأديبية ، فلا تحول القرارات الصادرة من الهيئات التأديبية إذن دون المحاكمة أمام المحاكم الجنائية بالنسبة إلى العقوبة الجنائية ، ولا دون المحاكمة أمام المحاكم المدنية بالنسبة إلى التعويض^(٢) .

ولا يكون لقرارات الحفظ الصادرة من النيابة العامة أو قاضي التحقيق أو غرفة الاتهام حجية الأمر المقضي^(٣) .

فلا بد إذن أن يصدر الحكم من جهة قضائية . ويستوى في ذلك أن تكون جهة القضاء مدنية أو تجارية أو شرعية أو ملية أو إدارية^(٤) .

كما يستوى أن تكون جهة قضاء عادية أو جهة قضاء استثنائية ، فتثبت حجية الأمر المقضي للأحكام الصادرة من المحاكم العسكرية^(٥) ، وذلك بشرط

(١) استئناف مصر ٢٢ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٤ رقم ٤٣٩ ص ٤٥٢ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٤ ص ٨٨ — ١٦ مايو ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٦٤ ص ٣١٠ — مصر الكلية ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤٦ ص ٧٣٣ .

(٢) استئناف مجلس تأديب المحامين ٦ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ ص ١٩٠ — وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأن الأحكام أو القرارات الصادرة من الهيئات التأديبية لا تحول دون المحاكمة أمام المحاكم النظامية (٣٠ أغسطس سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٥١ ص ٢٩٥) .

(٣) نقض مدني ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣ ص ٧ — استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٣٧ — ٢ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٢ — بني سويف الكلية ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ١٦٩ — محكمة اللبان ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ ص ٦٦٨ .

(٤) بالنسبة إلى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري أنظر : استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١ .

(٥) قارن استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٩٢ — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن القرارات التي تصدر من لجان مخصوصة عهد إليها بالفصل في مسائل معينة =

ألا تجاوز الجهات الاستثنائية حدود اختصاصها^(١) . كذلك تثبت حجية الأمر المقضى لجهة قضاء كانت موجودة ثم ألغيت ، كمجلس الأحكام فى الماضى^(٢) وكالمحاكم المختلطة منذ عهد قريب .

ويكون للحكم الصادر من المحكمين حجية الأمر المقضى ، إذ التحكيم جهة قضاء نظمها القانون^(٣) .

أما الحكم الصادر من محكمة أجنبية ، ففى فرنسا يحوز حجية الأمر المقضى إذا ذيل بالصيغة التنفيذية^(٤) (exequatur) ، وفى مصر يميل القضاء إلى تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل^(٥) .

= لا تكون لها حجية الأمر المقضى إذا هى تجاوزت حدود اختصاصها (٣١ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ ص ٩٢ — محكمة استئناف مصر فى دوائرها المجتمعة ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٦ ص ١٢٧) .

(١) وقد تكون هذه الجهات الاستثنائية لجانا إدارية لها اختصاص قضائى ، وقد بينا فيما تقدم أن للقرارات الصادرة من هذه الجهات حجية الأمر المقضى ، ما دامت قد صدرت فى حدود اختصاصها .

(٢) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٧٢ .

(٣) استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨١ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٧ . ويشترط فى فرنسا ، حتى يكون لحكم المحكمين حجية الأمر المقضى ، أن يوضع عليه أمر التنفيذ (ديرانتون ١٣ فقرة ٤٦٠ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٣٩٨ — لوران ٢٠ فقرة ٦ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٦٨ — نقض فرنسى ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦ — ٥٦٩) . وينتقد الفقه الفرنسى المعاصر هذا المبدأ ، لأنه لا يميز بين صلاحية حكم المحكمين للتنفيذ ، إذ يجب فيه الحصول على الأمر التنفيذى ، وبين حجية الحكم ولا شأن لها بالصلاحية فلا يشترط لقيامها الحصول على هذا الأمر (جلاسون وموريل وتيسيه ٥ فقرة ١٨٤٠ — بيدان وپرو ٩ ص ٤٣٩ هامش رقم ٤) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بعدم اشتراط الحصول على أمر التنفيذ ليكون لحكم المحكمين حجية الأمر المقضى ، وبأن هذا الأمر ليس ضرورياً إلا لجعل الحكم صالحاً للتنفيذ (استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٧٩) .

(٤) بلانيول وريبير وجابولد ٧ ص ١٠١٧ .

(٥) ومع ذلك فقد قضت محكمة مصر الكلية بأن الحكم الصادر من محكمة أجنبية لا يحوز حجية الأمر المقضى ، وكل ما يترتب عليه من أثر هو أن يعتبر مجرد أداة للاثبات يصح إقامة الدليل على عكسها (٢٦ مايو سنة ١٩٤٩ مجلة التشريع والقضاء ٢ رقم ٦٠ ص ١١١ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٧٦ ص ٣٠٢ وانظر أيضاً الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ٢ فقرة ٦٣٣ ص ٩٠) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه =

ويحوز الحكم حجية الأمر المقضى حتى لو كان مشوباً بعيب في الشكل ، أو صادراً ضد خصم غير أهل للتقاضى ، أو اشتمل على خطأ في تطبيق القانون^(١) ، وحتى لو كان البطلان بسبب مخالفة النظام العام ، مالم يكن الحكم مشوباً بالغش أو كان نتيجة تواطؤ بين الخصمين^(٢) .

٣٥٢ - ومبره قضائية لها الولاية في الحكم الذى أصدرته : ويجب
أن تكون جهة القضاء التى أصدرت الحكم لها الولاية (jurisdiction) فى الحكم الذى أصدرته . فاذا لم تكن للمحكمة ولاية ، لم يكن لحكمها حجية الأمر

= لا يجوز الاحتجاج بحكم أجنبى يتعارض مع حكم صادر من جهة قضاء مصرية (استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨٩) ، وبأنه يتعين على القضاء المصرى أن يعيد النظر فى موضوع الحكم الأجنبى قبل أن يجعله نافذاً فى مصر (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٠) . ولكن محكمة الاستئناف المختلطة قضت بعدم ذلك بوجوب تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل (réciprocité) فى جعل الأحكام الأجنبية نافذة فى مصر ، وبأنه مادام القانون الألمانى يجعل الأحكام الأجنبية نافذة دون إعادة بحث فى موضوعها ، إذا كانت المحكمة الأجنبية التى أصدرت الحكم مختصة بإصداره وكان المدعى عليه قد أعلن إعلاناً صحيحاً للحضور أمامها ، فيتعين تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل ، وجعل الحكم الأجنبى الصادر فى ألمانيا نافذاً فى مصر بأمر من رئيس المحكمة إذا توافر فيه الشرطان المتقدمان الذكر ، ومن ثم يكون لهذا الحكم حجية الأمر المقضى (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٤) — ويستخلص مما تقدم أن الحكم الأجنبى متى صار قابلاً للتنفيذ فى مصر فانه يحوز حجية الأمر المقضى . ذلك أنه إذا جاز أن يكون للحكم غير القابل للتنفيذ حجية الأمر المقضى ، فلا يجوز أن يكون الحكم القابل للتنفيذ مجرداً من هذه الحجية .

(١) استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٦٢ — ٢٢ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٥ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠١ وهامش رقم ١٤ — وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن الأحكام القطعية الصادرة من هيئة لها ولاية الفصل فى الحصومات تكون حائزة لحجية الأمر المقضى مهما كانت أوجه البطلان اللاحقة بهذه الأحكام (٢٢ فبراير سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ رقم ١/٨٦) . وقضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر من محكمة شرعية مختصة يحوز حجية الأمر المقضى حتى لو خالف فيما قضى به المنهج الشرعى ، إذ قضى ببطلان وصية لعتة الموصى مع أن الموصى له جهة بر لا جهة أهلية (نقض مدنى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨ ص ٤٣) .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٣ — نقض فرنسى ٦ ديسمبر سنة ١٨٥٩ دالوز ٦٠ — ١ — ١٧ — ١٩ فبراير سنة ١٩٢١ سيرييه ١٩٢١ — ١ — ٣٦٤ — ٢٤ يوليه سنة ١٩٤١ سيرييه ١٩٤٢ — ١ — ١٤١ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٧٧ ص ٣٠٦ .

المقضى . ومن ثم لا تثبت حجية الأمر المقضى لحكم صدر من محكمة مدنية أو مجلس ملى فى مسألة تدخل فى ولاية المحاكم الشرعية ، ولالحكم صدر من محكمة شرعية أو مجلس ملى فى مسألة تدخل فى ولاية المحاكم الوطنية ، ولالحكم صدر من محكمة مدنية فى مسألة تدخل فى ولاية القضاء الإدارى . على أنه إذا صدر الحكم من محكمة لا ولاية لها ، كانت له مع ذلك حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى هذه المحكمة أو إلى غيرها من محاكم الجهة ذاتها ، ولكن لاحجية للحكم بالنسبة إلى الجهات القضائية الأخرى (١) .

(١) وهذا محل إجماع فيما إذا كان الحكم قد صدر من جهة قضاء غير عادية كالمجالس المالية . أما إذا صدر الحكم من جهة قضاء عادية كالمحاكم الوطنية ، فهناك رأى يذهب إلى أن الحكم يحوز حجية الأمر المقضى حتى بالنسبة إلى الجهات القضائية الأخرى غير العادية . فالحكم الصادر من مجلس ملى فى غير حدود ولايته لا يكون حجة أمام المحكمة الوطنية ، أما الحكم الصادر من محكمة وطنية فيكون حجة أمام المجلس الملى حتى لو رأى هذا المجلس أن المحكمة الوطنية لا ولاية لها فى إصدار الحكم . ويرجع ذلك إلى أن القضاء العادى هو الأصل فى ولاية القضاء ، أما القضاء غير العادى فهو استثناء من الأصل فيجب ألا يخرج عن الدائرة التى رسمت له (نقض مدنى ٥ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤٥ ص ٤١٥ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٧٧ ص ٣٠٥ هامش رقم ١) .

ولكن جرى قضاء المحاكم المختلطة ، عندما كانت هذه المحاكم قائمة ، بأنه إذا صدر حكم من محكمة وطنية فى نزاع يدخل فى ولاية المحاكم المختلطة ، فليس لهذا الحكم أمام المحاكم المختلطة حجية الأمر المقضى : استئناف مختلط ٢٦ مارس سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٦٠ — ١١ و٤ يونيه سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٨٥ — ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٦٠ — ٨ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٩٨ — ١٦ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٤٧ — ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٧٢ — ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٦ — ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣٩ — ١٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١١ — ٢٢ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٨٤ — ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩٩ — ١٨ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٤ — ٢٢ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٣٠ — ٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٥ — ٦ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٣٦ — ٣ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٤ — ولو أن هذا الحكم يصلح لاستئناس المحكمة المختلطة به (استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٨٦ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٨ — ٨ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٦٨) — لا سيما إذا صدر هذا الحكم بين وطنيين وأقره الأجنبى (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧١) — أو كان الحكم مبنياً على سندات لم تعارضها سندات ضدها (استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٦٧) — ويكون حجة على الأجنبى إذا كان بخطأه قد ترك المحكمة الوطنية تفصل فى قضية وهى غير مختصة (استئناف مختلط ١٩ مارس ١ م ٥٨ ص ٦١) .

وبكون للحكم حجية الأمر المقضى إذا صدر من محكمة لها الولاية فى إصداره ، حتى لو كانت هذه المحكمة غير مختصة ، سواء رجع عدم الاختصاص إلى

= ولكن الحكم الذى صدر من محكمة مختلطة بين وطنيين تكون له حجية الأمر المقضى أمام المحاكم المختلطة لأن ولايتها تتناول الأجانب والوطنيين (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٩٤ — ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٣٥) ، وكذلك أمام المحاكم الوطنية (استئناف أهلى ١٥ يونيه سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٣) .

أما الحكم الصادر بين وطنيين من محكمة وطنية فيكون حجة أمام المحاكم المختلطة (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٨٨ — ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٤ — ٨ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٠١ — ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٠ — ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ١٩ — ١٠ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٩٥ — ١٦ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٦٧ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٢ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٤٧ — ٢٥ مارس ١٩٢٣ م ٣٤ ص ٢٤٦ — ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٧ — ٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢ — ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٧ — ١١ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٧٨) .

كذلك إذا صدر حكم من المحكمة المختلطة فى حدود ولايتها كان حجة أمام المحاكم الوطنية (نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥١ ص ١٦١) . أما إذا صدر الحكم من المحكمة المختلطة فى غير حدود ولايتها فلا حجية له (نقض مدنى ٢٢ يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٥٤ ص ٦١٩) . وإذا صدر حكم من القضاء المختلط على خلاف حكم سابق صدر من القضاء الوطنى ، فلا يجوز لمن كان خصماً محكوماً عليه فى الدعوى الوطنية ولم يختصم أمام المحكمة المختلطة أن يتمسك بالحكم المختلط أمام القضاء الوطنى فى نزاع متفرع عن أصل النزاع الذى كسب الحكم الوطنى السابق صدوره فيه حجية الشئ المحكوم به بالنسبة لذلك الخصم (نقض مدنى ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٤ ص ٢٤٠) .

وإذا صدر حكم من محكمة شرعية فى حدود ولايتها كانت له الحجية أمام المحاكم المدنية (نقض مدنى ٢ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٥ ص ١٨٩ — ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٢ ص ٦٧٥ — ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٨ ص ٣٥٤ استئناف مصر ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ رقم ٤٢٩ ص ٨٧١ — استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨١) ، وبالقدر الذى تكون المحكمة الشرعية قد فصلت فيه (نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٣ ص ١١١) ، حتى لو كانت المحكمة الشرعية قد أخطأت فى قضائها — ما دامت هى المختصة أصلاً — بأن لم تطبق أحكام معاهدة الإقامة بين مصر وتركيا (نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢١ ص ٧٧٠) ، ولو كان اختصاص المحكمة الشرعية قائماً على تراضى الخصوم ما دام أن هذا لا يتجافى مع طبيعة ولايتها (نقض مدنى ٥ مارس ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤٥ ص ٤١٥) ، ولا تلتزم المحكمة المدنية إلا بما قضت فيه المحكمة الشرعية وفصلت فيه فصلاً حقيقياً (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٤٥ =

الموضوع أو رجع إلى المكان . فالحكم الصادر من محكمة مدنية تكون له حجية الأمر المقضى ولو كان المختص هو القضاء التجارى . كذلك الحكم الصادر من محكمة جزئية تكون له هذه الحجية ولو كان المختص هو المحكمة الكلية . ومن باب أولى يحوز حجية الأمر المقضى الحكم الصادر من محكمة كلية وهو من اختصاص محكمة كلية أخرى ، أو من محكمة جزئية وهو من اختصاص محكمة جزئية أخرى (١) .

= مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٢ ص ٦١٤ — ٢٣ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٦ ص ١٨٠) — أما إذا صدر الحكم من محكمة شرعية أو من مجلس ملئ في غير حدود الولاية فلا يكون الحكم حجة أمام المحكمة المدنية (نقض مدنى ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢٠٠ ص ٤٥٤ — ٢٤ يناير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢٤ ص ٥٦٧ — ١٠ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣ ص ٤٢ — ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤١ ص ١٠٨ — استئناف أهلى ٢٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٩١ . وإذا فصلت المحكمة المختلطة في ملكية قطعة أرض يتنازعها شخصان ، كان حكمها مانعاً للمحكمة الشرعية من سماع الدعوى مرة أخرى أمامها (المحكمة العليا الشرعية ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٣٧ ص ٢٨٣) .

والأحكام التى تصدر من جهات قضائية استثنائية كالبطركخانات لا حجية لها إلا فيما يتعلق بولايتها ، وذلك على الأقل بالنسبة إلى الجهات القضائية الأخرى (استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٣٧ — طهطا ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ١٠ رقم ٣٨٥ ص ٧٧٣) ، وهذا راجع إلى أن هذه الهيئات لا تملك فى الأصل ولاية القضاء ، فإذا ما تجاوزت حدود الاختصاص المرسومة لها فقدت كل أهلية للقضاء (اسكندرية الوطنية ٣١ يولييه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ٢/٦٤ ص ١٣١) .

والقرارات الصادرة من لجان الإجراءات المشككة بقانونى نمره ١٤ سنة ١٩٢١ و ١٦ سنة ١٩٢٢ لا تحوز حجية الأمر المقضى إذا تعدت الحدود الموضوعه لها فى قانون إنشائها ، بل إن مثل هذه القرارات لا تكون مجرد أحكام باطله صادرة من جهات غير مختصة ، وإنما تعتبر معدومة لصدورها من جهة لا ولاية قضائية لها فيما قضت به ، وتكون اللجان المذكورة بإصدارها تلك القرارات تعدت سلطة الشارع الذى أنشأها ، فهى معدومة بانعدام صفة القاضى وصفة الحكم (استئناف مصر دوائر مجتمعة ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٧٤ — استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٤ — أسيوط الكلية ٣ مايو سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٣٢) — وإذا فصلت لجنة مخالقات الرى فى أمر غير داخل فى اختصاصها فلا يكون لحكمها حجية الأمر المقضى ، ويكون للمحاكم أن تفصل فى الأمر من جديد إذا طرح النزاع عليها (مصر الكلية ٢ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١١٢) .

(١) الحكم الصادر من محكمة ذات ولاية، ولكن غير ذات اختصاص محلى أو موضوعى، =

٣٥٣ - وبموجب سلطتها القضائية لا سلطتها الولائية : ثم أن المحكمة ذات الولاية يجب أن تكون قد أصدرت الحكم بموجب سلطتها القضائية (juridiction contentieuse) لا بموجب سلطتها الولائية (juridiction gracieuse).

ومعرفة ما إذا كان الحكم صادراً بموجب السلطة القضائية للمحكمة من مباحث قانون المرافعات . ولكن يمكن القول بوجه عام ان العبرة بطبيعة الموضوع الذي يصدر فيه أمر القاضي وطبيعة ما يجريه القاضي في إصداره ، فان كان الأمر يتعلق بخصومة بين طرفين فصل فيها فهو قضاء ، وإلا فهو أمر ولائي^(١).

فالتصديق على الصلح^(٢) ، وإجراء القسمة قضائياً ، والتصديق على القسمة إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية (م ٨٤٠ مدني)^(٣) ، والتصديق المحكمة الحسبية على الحساب الذي يقدمه الأوصياء والقوام^(٤) ، كل هذه أوامر تصدر من المحكمة بموجب سلطتها الولائية فلا تحوز

= يحوز حجية الأمر المقضي : استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٦٣ - ٢٢ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٤٣ - ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥ - ٦ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٢٨ - ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤٩ - ٢ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨٠ - ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢١٩ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٩ - ١٤ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٢٧ - ٢١ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٨٢ .
قارن الأستاذ أحمد نشأت ٢ فقرة ٦٣٣ ص ٩٠ وانظر الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٧٧ ص ٣٠٥ - ص ٣٠٦ .

(١) الأستاذ محمد حامد فهمي في المرافعات فقرة ٢٤ - ويذهب الأستاذ عبد الحميد أبو هيف (المرافعات فقرة ٩٥) إلى أن الأمر الولائي هو ما تصدره المحكمة بناء على طلب طرف دون أن تستدعي الطرف الآخر لسماع أقواله .

(٢) استئناف ٦ يناير سنة ١٩٢٠ الحاماة ١ رقم ٩٣ ص ٤٧٠ - وقارن استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٣٩ - انظر الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة جزء ٢ ص ١٥٧ - ص ١٦١ .

(٣) بنى سوييف استئناف ١٢ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٦٤ . ولكن الحكم بإنهاء الشيوخ عن طريق القسمة يحوز حجية الأمر المقضي (استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١١٢) .

(٤) وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأن تصديق المجلس الحسبي على الحساب الذي يقدمه =

حجية الامر المقضى ، وذلك مالم تفصل فى خصومة بين طرفين^(١). فاذا فصلت المحكمة فى المنازعات التى قد تعترض دعوى القسمة (م ٨٣٨ مدنى) ، فهذا فصل فى خصومة يحوز حجية الامر المقضى . أما التصديق على الصلح مع المفلس

= إليه الوصى لا يعد حكماً حائزاً لحجية الامر المقضى ، ولا يمنع ذوى الشأن من الطعن فى صحة هذا الحساب أمام المحاكم الأهلية (نقض جنائى ١١ مايو سنة ١٩١٨ مجموعة الرسمية ١٩ رقم ٢/٨٨ - انظر أيضاً : استئناف مصر ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٣ ص ٧١١) - وقضت محكمة النقض بأن ما يثار عادة من أن قرارات المجالس الحسبية فى مسائل الحساب تحوز حجية الامر المقضى أو لا تحوز إنما هى إثارة بحث لا محل له . ذلك بأن المجالس الحسبية لا تصدر أحكاماً بالملزومية حتى تكون لها حجية الامر المقضى أو لا تكون ، وإنما هى عقب فحصها للحساب ، إذا ما قررت اعتماده ، فان اعتمادها يكون تنميماً لاتفاق رسمى بين عديم الأهلية الحالة هى محله بقوة القانون من جهة وبين وليه من جهة أخرى . وهذا الاتفاق هو وحده الذى يحتاج به كل طرف من طرفيه على الآخر ككل العقود والاتفاقات . أما نتيجة هذا الاتفاق ، إذا كانت موجبة لدين على عديم الأهلية أو على وليه ، فإن هذا الدين إذا لم يسدد ودياً من أحدهما للآخر ، فالمحاكم العادية هى التى تحكم به تنفيذاً لذلك الاتفاق (نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٦ ص ٩٥٧) . ولكن متى اعتمدت المحكمة الحسبية الحساب ، فقد تم الاتفاق الرسمى بين ناقص الأهلية ونائبه ، ولا يجوز للمحكمة الحسبية أن ترجع فى اعتمادها إلا إذا ظهرت أسباب جديدة تسوغ هذا الرجوع . وقد قضت محكمة النقض بأن ليس للمجلس الحسبى ، بعد أن ينظر عمل الوصى ويجيزه ، أو يفحص الحساب ويعتمده ، أن يرجع عما قرره ، ما لم تظهر أسباب جديدة تسوغ ذلك (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٥ ص ٢٩٣) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الأحكام التى تصدر بالتصديق على اتفاقات الخصوم (jugement d'expédient) نوعان . نوع تقتصر المحكمة فيه على إثبات الاتفاق الذى تم بين الخصمين . ونوع تستند فيه المحكمة إلى هذا الاتفاق للفصل فى الخصومة المطروحة أمامها ، فتبنى اتفاق الخصمين ، ومن ثم يحوز الاتفاق حجية الامر المقضى . أما النوع الأول الذى تقتصر فيه المحكمة على إثبات الاتفاق ، فكل ما ينطوى عليه أن الخصمين اتفقا على صلح يحسم الخصومة ، فأضفت المحكمة على هذا الصلح صفة الرسمية ، وأكسبته القوة التنفيذية ، شأنها فى ذلك شأن الموثق ، فلم تفصل المحكمة فى خصومة ، وإنما أثبتت اتفاقاً تم ، فلا يقبل مثل هذا الحكم استئنافاً (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٢) . قارن مع ذلك بودرى وبارد ؛ فقرة ٢٦٦٩ حيث لا يميزان بين حكم فصل فى خصومة وحكم اقتصر على إثبات الاتفاق ، فكلا الحكيمين يحوز حجية الامر المقضى . وانظر بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٤١ ص ٩٣٨ - ص ٩٣٩ حيث يميزان بين الأحكام المصدقة على اتفاقات الخصوم والتى تفصل فى الخصومة (jugements d'expédient) وبين العقود القضائية (contrats judiciaires) التى تقتصر فيها المحكمة على إثبات اتفاقات الخصوم .

(concordat) فقد كانت محكمة الاستئناف المختلطة تميل إلى اعتباره منظومياً على فصل في خصومة ، فيحوز حجية الأمر المقضى^(١) .

والحكم بتعيين وصي أو قيم في غير خصومة^(٢) ، وإقامة ناظر على الوقف في غير خصومة كذلك ، كل هذه أوامر ولائية لا تحوز حجية الأمر المقضى . أما الحكم بتوقيع الحجز فهو حكم قطعي يحوز حجية الأمر المقضى^(٣) .

والإذن للأوصياء والقوام في مباشرة التصرفات^(٤) ، والإذن في استبدال الوقف^(٥) ، لا يعتبر أى منهما حكماً قضائياً ، بل هو أمر ولائى لا يحوز حجية الأمر المقضى ، إذ هو لا يفصل في خصومة بل يمكن من إجراء تصرف معين . وكذلك الحكم بمرسى المزاو ليس إلا إجراء تصرف فى العين التى رسا فيها المزاو ، فهو أمر ولائى لا يحوز حجية الأمر المقضى^(٦) .

والأمر الصادر من رئيس المحكمة باعطاء الدائن حق اختصاص بعقارات مدينه ، وقائمة التوزيع بين الدائنين فى غير ما يفصل فيه من مناقضات

(١) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٨ - ١٨ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٤ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف أسبوط بأن الحكم بتعيين قيم ليس حكماً صادراً من المحكمة باعتبارها سلطة قضائية قاطعة فى خصومة معينة ، بل هو صادر منها بما لها من حق الولاية العامة فى حدود سلطتها الإدارية ، ومثل هذه الأحكام لا تحوز حجية الأمر المقضى ولا تستأنف (١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٢ ص ٢٦) . وانظر فى حجية قرارات المجالس الحسبية : المجلس الحسبى العالى ٤ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢١٠ ص ٢٧٨ - ٢٥ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١٦ ص ٢٣ - ٣١ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٣٣٨ ص ٥٠٠ - استئناف مصر ١١ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣١ ص ٨٣ .

(٣) استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١١٠ .

(٤) وقد تقدم أنه لا يجوز للمحكمة الحسبية بعد أن تنظر فى عمل الوصى وتجزئه أن ترجع فيما قرره ما لم تظهر أسباب جديدة تسوغ ذلك (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٥ ص ٢٩٣) .

(٥) رجع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إذن المحكمة الشرعية فى استبدال الوقف له حجية الأمر المقضى (استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٣٧) ، وهى تقصد بذلك أن هذا الإذن لا يجوز الرجوع فيه ، كما لا يجوز الرجوع فى العقد لا فى الحكم . (٦) استئناف أسبوط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٦١ - قارن

استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٣ .

ومعارضات (١) ، كل هذه أوامر ولائية لا تحوز حجية الأمر المقضى .
كذلك تعتبر أوامر ولائية لا تحوز حجية الأمر المقضى قرارات لجان المعافاة
من الرسوم القضائية (٢) ، وأوامر رئيس محكمة القضاء الإدارى بتقصير المواعيد .
أما حكم محكمة القضاء الإدارى بوقف تنفيذ أمر إدارى ، وكذلك حكم محكمة
النقض بوقف تنفيذ حكم نهائى ، فهذا فصل فى خصومة يحوز حجية الأمر المقضى .

المطلب الثانى

حكم قطعى

٣٥٤ — الحكم القطعى والحكم النهائى : لا تكون حجية الأمر
المقضى إلا للحكم قطعى (٣) (jugement définitif) ، وهو الحكم الصادر فى الموضوع
بالبت فيه ، ولو كان حكماً ابتدائياً غيابياً قابلاً للطعن فيه بالمعارضة وبالاستئناف .
ولا ضرورة ، حتى تكون للحكم حجية الأمر المقضى ، أن يصبح الحكم القطعى
حكماً نهائياً (jugement passé en force de chose jugée) ، باستنفاده لطرق
الطعن العادية من معارضة واستئناف . فالحجية تثبت للحكم الغيابى ثبوتها للحكم
الحضورى ، وللحكم الابتدائى ثبوتها للحكم النهائى (٤) ، وتثبت للحكم النهائى حتى
لو طعن فيه بالنقض أو بالتماس إعادة النظر أو باعتراض الخارج عن الخصومة .
وقد سبق أن أشرنا إلى وجوب التمييز بين حجية الحكم (autorité) ونهائيته
(irrévocabilité) ، فالنهائية لاشأن لها بالحجية ، بل هى تتصل بقابلية الحكم
للتنفيذ (٥) .

-
- (١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٧ .
(٢) طنطا استئناف ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩٨ ص ١٠٩٨ .
(٣) استئناف مصر ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٣٠ ص ٨٥٦ .
(٤) قارن استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٩٥ (حيث ينكر على الحكم
حجية الأمر المقضى إذا كان قابلاً للاستئناف) و ١٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١١٣ — ١٤
يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٢٧ .
(٥) ومع ذلك فقد كانت المادة ٢٣٢/٢٩٧ من التقنين المدنى السابق تخلط بين الشيتين .
انظر أيضاً المادة ٤٠٥ من التقنين المدنى الجديد حيث ورد فيها «قوة الأمر المقضى» بدلا من
«حجية الأمر المقضى» ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٣٥٥ — متى يثبت للحكم القطعي حجية الأمر المقضي : وكل حكم

قطعي يثبت في الخصومة يجوز حجية الأمر المقضي . فالحكم القطعي الصادر في الموضوع بالبت فيه ، كله أو بعضه^(١) ، تكون له هذه الحجية . كذلك تثبت الحجية للحكم القطعي الذي يثبت في الدفع ، سواء كان الدفع موضوعياً أو شكلياً ، كالحكم بعدم الاختصاص وبعدم قبول الدعوى وبعدم جواز نظر الدعوى وببطلان صحيفة الدعوى . وتثبت الحجية كذلك للحكم القطعي الذي يثبت في نزاع يتصل بأجراءات الدعوى ، كالحكم بسقوط الخصومة وبانقضائها بمضي المدة وبتركها وباعتبار الدعوى كأن لم تكن^(٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى الحكم للمدعى ببعض طلباته ، فطعن في قضاائه برفض البعض الآخر ، وقبل المدعى عليه الحكم ولم يطعن فيه ، ثم قضى بقبول الطعن ونقض الحكم ، فإن هذا النقض هو نقض جزئي لا يتناول ما كان قضى الحكم بإجابته من طلبات الطاعن ، ولذلك لا يجوز لمحكمة الإحالة أن تعيد النظر في هذا البعض من الطلبات (نقض مدني ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٧ ص ٥٨٨) . انظر أيضاً : نقض مدني ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٨ ص ٨٧٤ — ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٤ ص ٥١٥ وتعليق الأستاذ محمد حامد فهمي ص ٥١٦ .

كذلك يعتبر بتاً في بعض الدعوى القضاء بقيام المسؤولية وإحالة الدعوى إلى التحقيق أو إلى خبير لتقدير قيمة الضرر ، فيكون للحكم حجية فيما يتعلق بثبوت المسؤولية . وإذا قضى الحكم بأحقية المدعى للنفقة ، وأجلت القضية لتحديد قيمة النفقة في جلسة أخرى ، حاز الحكم حجية الأمر المقضي فيما يتعلق بأحقية المدعى للنفقة (استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٥٧) .

(٢) ويقول الأستاذ محمد حامد فهمي في كتابه المرافعات (فقرة ٦١٤) : « الحكم القطعي هو الذي يفصل في جملة النزاع أو في جزء منه أو في مسألة متفرعة عنه فصلاً حاسماً لا رجوع فيه من جانب المحكمة التي أصدرته ، كالحكم للمدعى بطلباته أو الحكم عليه برفضها ، والحكم في الدفع بعدم الاختصاص أو الدفع بانقضاء الحق بالتقادم أو بسقوط الدعوى أو بعدم جواز الإثبات بالبينة والحكم في طلب رد القضاة أو طلب دخول خصم ثالث أو طلب وقف الدعوى انتظاراً للفصل في مسألة أولية من محكمة أخرى والحكم في دعوى التزوير الفرعية . ذلك بأن كلا من هذه الأحكام (وأمثالها) يحسم النزاع في موضوع الدعوى أو في بعض منه ، أو يقطع — في مسألة فرعية — نزاعاً يعتبر في هذا الصدد مستقلاً وقائماً بذاته » .

ويعتبر الحكم بتوجيه اليمين الحاسمة قطعياً يجوز حجية الأمر المقضي (استئناف مختلط ٣ يونيو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٦) — ويعد حكماً قطعياً حائزاً لحجية الأمر المقضي الحكم في المعارضات في تنبيه نزع الملكية وفي قوائم التوزيع (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٠٤ — ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٤٦ — ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ =

ولكن هناك أحكاماً قطعية لا تبت في الخصومة على وجه حاسم ، فهذه لا تجوز حجية الأمر المقضى . مثل ذلك الأحكام التهديدية (jugements comminatoires) ، فالحكم بغرامة تهديدية (astreintes) لا يجوز حجية الأمر المقضى ، إذ أن الغرامة التهديدية تجوز إعادة النظر فيها بالزيادة أو الانقاص أو الإلغاء (م ٢١٣ و ٢١٤ مدني) ^(١) . ومثل ذلك أيضاً الحكم برفض الدعوى بالحالة التي هي عليها ، فانه لا يجوز الحجية إذ هو لم يثبت النزاع على وجه حاسم ، وإن كانت له حجية فهي حجية مقصورة على الحالة التي كانت عليها الدعوى حين رفعها أول مرة ، فيجوز رفع الدعوى من جديد بعد تصحيح هذه الحالة أو تغييرها ^(٢) . كذلك الحكم باخراج خصم من الدعوى ، أو بعدم قبول تدخله ، لا يجوز حجية الأمر المقضى في موضوع الدعوى ، لأنه لم يبت في هذا الموضوع أصلاً ، بل اقتصر على البت في رفض اشتراك شخص معين في خصومة قائمة ، والحكم بذلك لا يمنع هذا الشخص من رفع دعوى مستقلة بطلباته دون أن يدخل في الخصومة التي حكم برفض اشتراكه فيها ^(٣) .

= ص ٣٦٢ - ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٣٤ - ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ - ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١) .

(١) استئناف مصر ٦ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ ص ٦٤٦ - الاسكندرية الكلية الوطنية ١٦ يناير ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٦ ص ١٤٧ - استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٦ .

(٢) استئناف مصر ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ ص ٨٥٦ - مصر الكلية الوطنية ٢١ يولييه سنة ١٩٣٠ المجلة القضائية ٣٢ ص ١٠ - بنى سوييف الجزئية ٨ فبراير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٩ ص ٢٢٥ - استئناف مختلط ١٤ نوفمبر ١٨٩٤ م ٧ ص ١٧ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٤٥ ولكن قارن أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٠ وهامش رقم ١٣ .

ومن أمثلة رفض الدعوى بالحالة التي هي عليها أن ترفع الدعوى من غير ذي صفة ، فيحكم بعدم قبولها ، وتقبل بعد ذلك إذا رفعت من ذي الصفة . كذلك قد ترفع الدعوى من شخص لم تحصل على الإذن اللازم من المحكمة الحسبية مثلاً ، فترفض الدعوى في الحالة التي هي عليها حتى يحصل المدعى على الإذن . وقد ترفع الدعوى أمام محكمة القضاء الإداري بإلغاء قرار إداري لم يصدر بعد ، فترفض الدعوى لرفعها قبل الأوان .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٠٠ - هذا وإذا لم تفصل المحكمة في أحد الطلبات ، وكان الحكم خالياً من التعرض لهذا الطلب بالرفض أو القبول ، سواء في أسبابه أو في منطوقه ، جاز أن ترفع به دعوى جديدة ، ولا محل للتمسك بحجية الأمر المقضى =

٣٥٦ - الأوامر الصادرة قبل الفصل في الموضوع : أما الأحكام

الصادرة قبل الفصل في الموضوع (jugements d'avant-dire droit) فهي ليست بأحكام قطعية ، ولا يجوز حجية الأمر المقضي^(١) .

وهذه الأحكام هي : الأحكام التحضيرية (jugements préparatoires) ، والأحكام التمهيدية (jugements interlocutoires) والأحكام الوقفية (jugements provisoires) .

٣٥٧ - الأوامر التحضيرية : وهي أحكام تسبق الحكم في الموضوع

تحضيراً لهذا الحكم ، دون أن تبين رأى المحكمة في نقطة النزاع . وذلك كالحكم بتعيين خبير لمعاينة محل النزاع ، أو الحكم بانتقال المحكمة إلى محل النزاع ، أو الحكم بالإحالة على التحقيق . مثل هذه الأحكام لا تكون لها حجية الأمر المقضي ، بل يجوز للمحكمة العدول عنها بعد إصدارها وقبل تنفيذها ، وإذا هي نفذتها لم تنقيد بالنتيجة التي أدت إليها .

٣٥٨ - الأوامر التمهيدية : وهي أحكام تسبق الحكم في الموضوع

= (استئناف أسيوط ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٧) - وقضت محكمة النقض بأن ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعاً للحكم يجوز حجية الأمر المقضي . فإذا كانت المحكمة التي نظرت في دعوى إثبات البدل في أرض قد قالت في أسباب حكمها إن ما أثاره أحد المتبادلين من نزاع في ملكية المتبادل الآخر لما بادل به ليس محله دعوى إثبات التعاقد ، ثم قضت بإثبات البدل بناء على تسليم طرفيه بوقوعه ، فإن حكمها هذا لا يحول دون النظر في ذلك النزاع نفسه بدعوى أخرى تقام بفسخ عقد البدل . وكذلك تفريعا على هذا الأصل إذا كانت المحكمة في دعوى الضمان الفرعية قد قالت في أسباب حكمها إن الدعوى المذكورة ليست صالحة للنظر فيها ، وحكمت في منطوقه برفضها بحالتها ، فإن حكمها هذا - وهو ليس إلا حكماً مؤقتاً - لا يمكن أن يحول دون النظر فيما أثير في الدعوى من وجوه النزاع (نقض مدني ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧٣ ص ٥٤٧) - وقضت أيضاً بأنه إذا طلب المدعي عليه احتياطياً الحكم بالمبلغ المطالب به هو على شخص بصفته ضامناً له ، فقضت المحكمة برفض هذا الطلب لعدم توجيه دعوى الضمان توجيهاً صحيحاً ، فقضاؤها بذلك لا يمكن أن يجوز حجية الأمر المقضي بالنسبة إلى موضوع الطلب ، إذ الحكم لم يتعرض للفصل فيه (نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٣ ص ١٥٩) .

(١) سبالوط ١٢ أكتوبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٢٩ ص ٢٦٨ .

تمهيدا لهذا الحكم ، وتبين رأى المحكمة في نقطة النزاع . وذلك كالحكم بتعيين خبير لتقدير الضرر الذى أصاب المدعى ، أو باحالة القضية على التحقيق لإثبات وقوع الفعل الموجب للمسئولية ، فان المحكمة إذا قضت بذلك قبل أن تقضى في قيام المسئولية ذاتها تكون ، دون أن تقطع في قيام المسئولية ، قد كشفت عن ميلها للقضاء بذلك ، ومن أجل هذا عينت خبيراً لتقدير الضرر أو أحالت القضية على التحقيق لإثبات وقوع الفعل الموجب للمسئولية .

وكان الأمر في تقنين المرافعات السابق أن الحكم التمهيدى ، إذا أصدرته المحكمة من تلقاء نفسها دون طلب أحد من الخصوم ، فلا تكون له حجية الأمر المقضى ، ويجوز للمحكمة العدول عن تنفيذه . أما إذا كان صادراً بناء على طلب أحد الخصوم ، فانه يعتبر قد فصل في أمر متنازع فيه ، وتثبت له الحجية ، فلا يجوز للمحكمة العدول عن تنفيذه^(١) . على أنه إذا نفذ في الحالتين لم يقيد

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٧٠٨ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا قضت المحكمة بضم ملف الأوراق وتبين أن هذا الملف قد أعدم لانقضاء الوقت القانونى ، فان لها أن تعدل عن تكملة الدليل بالملف إلى تكملة بأى طريق آخر ، كالإقرار أو القرائن ، لأن حكمها الأول تمهيدى ولها العدول عنه ، فن باب أولى إذا كان سبب العدول تنفيذ الحكم التمهيدى (استئناف مختلط ٢١ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٢١) .

وكان هناك رأى — فى عهد تقنين المرافعات السابق — يذهب إلى عدم جواز العدول عن تنفيذ الحكم التمهيدى بعد صدوره ، حتى لو كانت المحكمة قد أصدرته من تلقاء نفسها . وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن المحكمة مقيدة بحكمها التمهيدى ، ولا يكون لها أن تنظر فى الموضوع قبل تنفيذه ، مالم يصبح التنفيذ غير ممكن أو لا محل له ، ولكن يجوز للمحكمة أن تأمر ، عند النظر فى تعيين خلف لأحد أعضائها المنتدب للتحقيق ، أن يجرى التحقيق أمامها هى (٧ يناير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٨٤ — انظر أيضا نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٣ ص ٣٨٢ — الأستاذ محمد حامد فهمى فى المرافعات ص ٦٤٠) — انظر فى حجية الحكم التمهيدى : نقض مدنى ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٧ ص ٥٨٨ (وتعليق الأستاذ محمد حامد فهمى فى هامش ص ٥٨٩) - استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٧١-٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٧٠ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٤ — ٢٤ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٣٨ — ١٥ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩٦ — ١٩ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٠٣ — ١٧ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٨ — ٦ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٢٦ — ١٠ أبريل سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١١٤ .

المحكمة بالنتيجة التي أدى إليها^(١) .

ولكن تقنين المرافعات الجديد نص في المادة ١٦٥ منه على أن «للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات ، بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر . ويجوز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء ، بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها» . فألحق الحكم التمهيدى بالحكم التحضيري ، وأزل الحكمان منزلة سواء في جواز عدول المحكمة عن تنفيذ الحكم بعد إصداره ، ولو كان حكماً تمهيدياً صدر بناء على طلب أحد الخصوم . وقد نبذ تقنين المرافعات الجديد تقسيم الأحكام إلى تحضيرية وتمهيدية بعد أن سوى بينها في الحكم . فلا يجوز الحكم التمهيدى حجية الأمر المقضى ، سواء أصدرته المحكمة من تلقاء نفسها أو صدر بناء على طلب أحد الخصوم ، ففي الحالتين يجوز للمحكمة العدول عن تنفيذه ، وإذا هي نفذته لم تنقيد بالنتيجة التي أدى إليها كما سبق القول .

غير أنه يجوز أن يتضمن الحكم التمهيدى — أو الحكم التحضيري — حكماً قطعياً يفصل في مسألة من مسائل النزاع ، فيحوز هذا الحكم القطعى في هذه

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم التمهيدى لا تكون له حجية الأمر المقضى ، وليس القاضى الذى أصدره ملزماً حتماً بالاعتماد على نتيجة التحقيق الذى يحصل تنفيذاً له (نقض مدنى ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٠ ص ٢٠٦) . وقضت أيضاً بأن المحكمة ، وإن كانت ملزمة بتنفيذ حكمها التمهيدى ومنوعة من الرجوع فيه ، لها كامل الحرية في تقدير أهمية الوقائع التى أسرت بتحقيقها ، ثم تقضى في موضوع الدعوى بما تراه حقاً وعدلاً مهما تكن النتيجة التى أسفر عنها التحقيق . فلها ، حتى مع ثبوت الوقائع المأمور بتحقيقها ، أن تقضى في الموضوع على خلاف ما يشعر به حكمها التمهيدى ، معتمدة في ذلك على عناصر أخرى من عناصر الإثبات في الدعوى ، كما لها أن تعتبر الوقائع التى كانت تراها فاصلة ليست كذلك . وإذن فالحكم التمهيدى في دعوى الملكية بالإحالة إلى التحقيق لإثبات وضع اليد على العين المتنازع عليها لا يحول دون القضاء في موضوع الدعوى على أساس صورية عقد البيع الذى يتمسك به أحد الخصوم في إثبات ملكيته . وكذلك لا تثير على المحكمة إذا هي اعتمدت في القول بالصورية على شهادة شهود سمعوا تنفيذاً للحكم التمهيدى الذى أمر بتحقيق واقعة وضع اليد ، إذ أن لها — بعد تنفيذ الحكم التمهيدى — أن تستند في قضائها في الموضوع إلى جميع عناصر الإثبات الموجودة في الدعوى ، ومنها شهادة أولئك الشهود (نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٣ ص ٣٨٢) .

انظر أيضاً : استئناف مصر ٢ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ ص ١٢٣٨ — استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٨ — ٦ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٢٦ .

الحالة حجية الأمر المقضى . وذلك كالحكم الصادر باحالة القضية على التحقيق ، قد تصرح فيه المحكمة بجواز إثبات الحق المتنازع فيه بالبينة ، أو بتحميل أحد الخصمين عبء الإثبات ، أو برفض الدفع بعدم قبول الدعوى ، أو بغير ذلك من الأحكام القطعية^(١) .

٣٥٩ - النظام الوقتية : وهى أحكام تسبق الحكم فى الموضوع

للفصل فى مسائل وقتية لاتمس جوهر النزاع . وذلك كالحكم فى دعاوى إثبات الحالة^(٢) ، والحكم بالحراسة^(٣) ، والحكم بنفقة وقتية للمصاب حتى يفصل فى دعوى التعويض ، والحكم بالزام ناظر الوقف أن يدفع لأحد المستحقين نفقة شهرية إلى أن يفصل فى دعوى الحساب^(٤) .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٣٩٩ — ص ٤٠٠ وهامش رقم ١٠ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٤ ص ١٠١٩ — ص ١٠٢٠ — الأستاذ محمد حامد فهمى فى المرافعات فقرة ٦٤٠ — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن القاضى لا يكون ملزماً بإعطاء الدعوى فى حكمه النهائى الحل الذى كان يرمى إليه بإصدار حكمه التمهيدى ، فإذا أمرت المحكمة بإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات التخلص من الدين بالبينة ، جاز لها بعد إتمام التحقيق أن تصرف النظر عن مسألة التخلص ، وتحكم بسقوط الحق بمضى المدة . ولكن إذا لم يكن هناك محل لإعطاء القضية حلاً آخر ، فليس للمحكمة أن تعود وتقرر فى نفس الموضوع عدم جواز إثبات التخلص بالبينة خلافاً لما حكمت به أولاً ، لأن هذا يعد تناقضاً منها وإخلالاً بحجية الشيء المقضى (٢ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ ص ١٢٣٨) .

(٢) أسيوط ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ ص ٨٦ .

(٣) طنطا ١٩ مارس سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٧٩ — مصر الأهلية ١٥ أغسطس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٢١٨ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم فى دعوى حراسة مرفوعة من المدين المحجوز عليه قبل مرسى المزداد لا يمنع المدين من رفع دعوى حراسة أخرى بعد مرسى المزداد لتغير الظروف (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٣٨) .

(٤) استئناف أهلى ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ ص ٤٢٧ — والحكم الذى يعين من أى وقت يكون بدء الحساب حكم وقتى لا يحوز حجية الأمر المقضى (استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٩) — والحكم بوقف السير فى الدعوى هو كذلك حكم وقتى لا يحوز الحجية (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٨) — وقضت محكمة النقض بأنه إذا ادعى شخص بحق مدنى أمام محكمة الجنح ، وطلب القضاء له بمبلغ بصفة تعويض مؤقت عما أصابه من ضرر بفعل المتهم ، فالحكم الذى يصدر فى صالحه لا يمنعه من المطالبة بتكاملة التعويض بعد ما تبين مدى الضرر الذى لحقه (نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٠ ص ٤٢٢) — وقضت أيضاً بأن الحكم الصادر فى التظلم بتأييد أمر الحجز التحفظى الموقع على ما =

ويعتبر الحكم الصادر من قاضي الأمور المستعجلة أو في المسائل المستعجلة حكماً وقتياً لا يجوز حجية الأمر المقضي (١).

على أنه يلاحظ ألا محل للمساس بحكم وقتي إذا بقي سببه قائماً ، ولا يجوز

= للمدين لدى الغير هو حكم وقتي غير ملزم للمحكمة إذا ما تراءى لها عند الفصل في الموضوع أن الحجز لم يكن في محله (نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥) .

(١) والحكم الصادر من القضاء المستعجل ليس حجة على قضاء الموضوع (استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢١ - ٢٠ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٠٤ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩٤ - ٢٠ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠٠) — وليس حجة على القضاء المستعجل ذاته إذا تغيرت الظروف (استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٠ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٤٩ - ٥ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٩٠ - ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٨ - ٦ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٧ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣٤ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ١٢ - ١٦ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢١٨ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٢٨ - ١٣ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١١٣ - ١٨ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٣٠ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥ - ١٩ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٨٤ - ٢٠ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠٠) .

وقد قضت محكمة النقض بأن الأحكام التي تصدر من قاضي الأمور المستعجلة هي أحكام وقتية بطبيعتها ، ولا تكون لها حجية متى تغيرت ظروف الطلب . وإذن فتي كان موضوع طلب المساهم هو في الدعويين تكليف الخبير بحضور انعقاد الجمعية العمومية للشركة لإثبات ما يدور فيها من مناقشات ، وكان الحكم في الدعوى الأولى ، وأن قضى بعدم اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بنظر هذا الطلب ، إلا أنه كان خاصاً بانعقاد سابق للجمعية العمومية ، فإنه لا يكون له حجية الأمر المقضي في أية دعوى تالية خاصة بحضور الخبير أي انعقاد آخر للجمعية بعد أن تفاقم النزاع بين مجلس إدارة الشركة والمساهم وقامت الخصومة الموضوعية بينهما (نقض مدني ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠٠ ص ٦١٥) . وقضت أيضاً بأن القضاء بإجراء أمر وقتي لا يجوز حجية الأمر المقضي في أصل موضوع النزاع ، فهو بطبيعته هذه لا يمكن أن يقع تناقض بينه وبين حكم آخر يصدر في موضوع النزاع المقضي باتخاذ ذلك الإجراء فيه . فإذا صدر نهائياً من القضاء المستعجل حكم بإيقاف تنفيذ حكم نهائي لحين البت في مسألة موضوعية ، فالحكم النهائي الذي تصدره محكمة الموضوع من بعد قاضياً باعتبار ذلك الحكم الموقف تنفيذه واجب التنفيذ لا يصح الطعن فيه بدعوى أنه خالف الحكم السابق صدوره من القضاء المستعجل (نقض مدني ١٦ فبراير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٣ ص ١٨٩) . أنظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٦ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢١٨ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ١١ - وفي عدم جواز الطعن بالبطلان في حكم مستعجل بدعوى مستقلة : استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٠١ .

العدول عنه إلا إذا تغيرت الظروف التي أدت إلى إصداره . فالحكم الوقفي تكون له إذن حجية مؤقتة ، وتبقى هذه الحجية ما دام سببه المؤقت قائماً ، فإذا زال السبب زالت الحجية^(١) .

المطلب الثالث

التمسك بالحجية في منطوق الحكم لا في أسبابه

٣٦٠- منطوق الحكم : لا تثبت الحجية في الأصل إلا لمنطوق الحكم (dispositif) دون أسبابه (motifs) ، والمنطوق هو الجزء من الحكم الذي يفصل في نقط النزاع^(٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر بتقرير نفقة مؤقتة يدور مع علته وجوداً وعدماً . فتي كان الواقع أنه قضى للطاعة في دعوى حساب على المطعون عليه وآخر بصفتهما ناظرى وقف بأن يدفعاً إليها نفقة شهرية من ريع الوقف حتى يفصل نهائياً في دعوى الحساب المرفوعة منها ، وكان الحكم قد بنى وقت صدوره على نزع ناظرى الوقف أطياناً كانت الطاعة تضع اليد عليها ، ثم زال مبرره بوضع يدها على هذه الأطيان وباستمرار حيازتها لها قبل رفع الدعوى بانتهاء النفقة ، فانه يكون في غير محله تمسكها بما جاء في منطوق حكم النفقة من توقيته بانتهاء دعوى الحساب ونعيمها على الحكم القاضى بانتهاء النفقة إهداره حجية الحكم الصادر بتقريرها (نقض مدني ٣١ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٧٥ ص ٤٣٨) .

وقضى بأنه وإن كان الأصل في الأحكام الصادرة في الأمور المستعجلة أنها لا تحوز حجية الأمر المقضى باعتبارها وقتية ولا تؤثر في أصل الموضوع ، إلا أنه ليس معنى هذا جواز إثارة النزاع الذي فصل فيه قاضى الأمور المستعجلة من جديد متى كان مركز الخصام هو والظروف التي انتهت بالحكم هي بعينها ولم يطرأ عليها أى تغيير ، إذ هنا يضع الحكم المستعجل طرفي الخصومة في وضع مادي يجب احترامه بمقتضى حجية الأمر المقضى بالنسبة لنفس الظروف التي أوجبه ولذات الموضوع الذي كان محل بحث الحكم المستعجل السابق صدوره ، طالما لم يحصل تغيير مادي أو قانوني في مركز الطرفين يسوغ إجراء مؤقتاً للحالة الجديدة الطارئة (مصر الكلية قضاء مستعجل ٢٨ أغسطس سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٩٤ ص ٢٦٦) .

انظر أيضاً بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٠٢٩ هامش رقم ١ .

(٢) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٣ — ٢٤ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٢٢ — ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٢٨ — ١٧ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٦ — ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٨٧ — ٨ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٠٤ — ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٠ — ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ =

وقد يفصل المنطوق في بعض نقط النزاع ، لا على وجه صريح ، بل بطريق ضمني (implicitement) ، فتثبت الحجية لهذا المنطوق الضمني مادام هو النتيجة الحتمية للمنطوق الصريح^(١) (suite nécessaire d'une disposition expresse) . فالحكم الذي يقضى بصحة الإجراءات التي اتخذت لتنفيذ سند تكون له حجية الأمر المقضى في صحة هذا السند ونفاذه ، لأنه مادام قد حكم بصحة الإجراءات التي اتخذت لتنفيذ سند فإن هذا يقتضى ضرورة صحة هذا السند وقابليته للتنفيذ^(٢) . أما الحكم الذي يصدر برفض دعوى الاستحقاق لعجز المدعى عن إثبات ملكيته للعين فلا تثبت له حجية الأمر المقضى ، إذا أتيح للمدعى أن يصبح هو الحائز ، فأقام الخصم الآخر دعوى الاستحقاق بدوره وأراد أن يستند إلى الحكم الأول لإثبات ملكيته ، لأن هذا الحكم إنما قضى بأن خصمه غير مالك والحكم بذلك لا يستتبع حتماً أن يكون هو المالك . لكن إذا كان هذا الخصم الآخر قد تمسك في الدعوى الأولى بملكته للعين ، وأمكنه إثبات سبب الملكية ، ورفضت دعوى المدعى على هذا الأساس ، كان لهذا الحكم الأول حجية الأمر المقضى في الدعوى الثانية^(٣) .

= ص ١٤٧ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٣ - ١١ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٨٠ .
أما ما يذكره الحكم من أنه صدر حضورياً أو غيابياً فلا يحوز حجية الأمر المقضى ، والمحكمة هي التي تتبين ، بتطبيق القواعد القانونية ، ما إذا كان الحكم حضورياً أو غيابياً (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٧٣) .

(١) استئناف مختلط ٢٤ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٣٨ — ١٨ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٧٠ — ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٤ — ١٢ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٣٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا لم تكتف المحكمة بتدوين إقرارات الخصوم ، بل بحثتها وحددت حقيقة معناها ، ثم عرضت لها مرة أخرى لتبين المشمول عن مصروفات الدعوى ، ثم حكمت في الدعوى بعد استعراض ظروفها وأدلتها ومن بينها إقرارات الخصوم ، كان ذلك قضاء حاسماً للنزاع يحوز حجية الأمر المقضى لا مجرد توثيق وإثبات لتلك الإقرارات (نقض مدني ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٢ ص ٢٦٦) .

(٣) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٥ وهامش رقم ٢٤ — ونستعرض بعضاً من قضاء محكمة النقض في المنطوق الضمني الذي تثبت له الحجية .

فهنالك أحكام قضت بوجود منطوق ضمني تثبت له الحجية . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا طلب الدائن الحكم ببطان الرهن الصادر من مدينه إلى دائن آخر بمقولة إن هذا الرهن عمل تواطؤاً للهروب من الوفاء بدينه ، وكان الطلب مقصوداً به القضاء ضمناً ببطان القرض =

كذلك يشمل المنطوق الذي تثبت له الحجية ما قضى به في الدعوى الأصلية وفي الدعاوى والدفعات التبعية . فاذا دفع المدعى عليه الدعوى بدفع ، أو أقام

= أيضاً ، وقضى برفض الدعوى بناء على انعدام الدليل على علم الدائن المرتهن بالدين السابق أو توافقه مع المدين ، كان هذا قضاءً ضمنيًا بصحة القرص المضمون بالرهن . فإذا عاد المدعى إلى طلب الحكم ببطالان عقد القرض نفسه ، كان الحكم بعدم جواز نظر هذه الدعوى لسبق الفصل فيها نهائيًا بين الخصوم أنفسهم سلبًا قانونًا (نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦ ص ٥٧) . وقضت أيضًا بأنه إذا كان عقد الإيجار متفقًا فيه على التجاوز عن بعض الأجرة في حالة دفعها في مواعيدها ، فإن هذا التجاوز يكون متعلقًا بذات الحق المطالب به ومرتبًا بشروط الوفاء به . فإذا قضت المحكمة لمؤجر بباقي الأجرة المستحقة على المستأجر بعد تحققها من إنشغال ذمته ، فإنها تكون قد قضت في ذات الوقت ضمناً بعدم استحقاق هذا المستأجر للتجاوز المشروط ، وتكون دعوى المستأجر بعد ذلك ببراءة ذمته منه عوداً إلى موضوع سبق الفصل فيه (نقض مدني أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٠ ص ٩٦) . وقضت أيضًا بأنه إذا رفع المشتري دعواه على البائع بطلب تثبيت ملكيته للعين المبيعة وتسليمها إليه بما عليها من مبان ، وقضت له المحكمة بطلباته ، وأقامت قضاءها بذلك على أن البائع الذي يمتنع عن تسليم العقار المبيع ، ويبنى فيه قبل تسجيل عقد البيع مع مطالبة المشتري له بنقل الملكية ، يعتبر كالباني في ملك غيره ، ولا يحق له لسوء نيته حبس البناء لاستيفاء مصاريفه ، ثم رفع البائع على المشتري دعواه بطلب قيمة تكاليف البناء كاملة ، فقضت له المحكمة بطلبه ، وأقامت قضاءها بذلك على أن البائع إذا بني قبل تسجيل عقد البيع كان حسن النية في هذا البناء لاعتقاده أنه يبني في أرض مملوكة له وأن هذا الاعتقاد يرفع عنه سوء النية الخاص الذي يشترطه القانون ، فإن هذا الحكم يقع مخالفًا للحكم السابق الحائز حجية الأمر المقضي (نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٨ ص ٦٠١) . وقضت كذلك بأنه إذا صدر بناء على طلب بعض الورثة في مواجهة الباقيين حكم نهائي باعتبار الفدان المتنازع في شأنه تركه يتقاسمونها جميعاً ، وذلك بناء على اعتبار العقد الصادر به من الوالدة لأحدهم وصية لوارث لم يحجزها باقي الورثة ، وكان مما بحثته المحكمة في حكمها هذا ، واستندت إليه في اعتبار ذلك التصرف وصية ، عقد محرر أثناء حياة الوالدة بين الابن الذي صدر له التصرف وبين أخوته الذكور الثلاثة نص فيه ، فيما نص عليه به ، على أن هذا الفدان يكون بعد حياة الوالدة لهؤلاء الأربعة ، ثم رفع بعد ذلك اثنان من الأربعة دعواهما على الاثنين الآخرين (ومنها الصادر له التصرف) بطلب تثبيت ملكيتهما إلى النصف في هذا الفدان الذي هو موضوع التصرف ، وحكم في هذه الدعوى باعتبار الفدان المذكور مملوكاً لهؤلاء الأخوة الأربعة دون باقي الورثة ، وذلك طبقاً للعقد المحرر بينهم السالف ذكره ، فهذا الحكم في صورته هذه يكون قد جاء على خلاف الحكم السابق الصادر بين الخصوم أنفسهم والحائز حجية الأمر المقضي ، ويكون متعيناً نقضه (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٤ ص ٦٤١) .

وهناك أحكام نفت وجود منطوق ضمني تثبت له الحجية . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا قضى الحكم للمدعى بتقديم الحساب عن غلة عين يملكها دون أن يرد في منطوقه ولا في =

دعوى عارضة^(١) (demande reconventionnelle) ، أو أثرت مسألة أولية (question préjudicielle) من أى الخصمين ، فقضى الحكم فى كل هذا ، فان المنطوق الصادر فى جميع هذه المسائل الفرعية تكون له حجية الأمر المقضى كالمنطوق الصادر فى الدعوى الأصلية^(٢) .

= أسبابه ذكر لتكاليف ما أنشأه المدعى عليه فى العين من المباني أثناء وضع يده ، فهذا الحكم لا يمنع المدعى عليه المذكور من مطالبة المدعى فيما بعد بتكاليف هذا الذى أنشأه من ماله الخاص ، مادامت الملكية شيئاً وتكاليف البناء شيئاً آخر ، وما دام الحكم لا يؤخذ منه حتماً وبطريق اللزوم العقلى أنه قضى فى شأن هذه التكاليف (نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٢ ص ٥٠٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا دار النزاع فى دعوى قسمة حول سبق وقوع القسمة بالتراضى ، ثم أصدرت المحكمة حكمها بنسب خبير لإجراء القسمة ، فإن حجية هذا الحكم تقف عند حد نفي القسمة التى كانت وحدها موضع الجدل والتدافع بين طرفي الخصومة . والاحترام الواجب لهذا الحكم فى حدود هذه الحجية ليس من شأنه أن يمنع المدعى عليهم فى دعوى القسمة ، وهم من صدر الحكم عليهم ، من أن يدعوا ملكية بعض الأعيان التى قالوا بقسمتها تأسيساً على أنهم وضعوا يدهم على هذه الأعيان مفرزة بنية تملكها بالمدة الطويلة المكسبة للملكية . فإذا قضى لهم بالملكية على هذا الأساس ، فلا يكون هذا القضاء مخالفاً لما قضى به من قبل من نفي وقوع القسمة . فإن نفي القسمة لا يقتضى حتماً قيام الشيوع إلى اليوم الذى صدر فيه الحكم الذى نفي القسمة ، إذ لا تلازم بين انتفاء القسمة وقيام الشيوع ، لأن واحداً من الملاك المشتاعين أو بعضهم قد يستقل بوضع يده على جزء من الملك الشائع بنية تملكه لنفسه ، وقد يتم له هذا التملك بإنقضاء المدة الطويلة المكسبة للملك ، وفى هذه الصورة لا يوجد شيوع ، على أن قسمة لم تقع (نقض مدنى ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا طعن فى عقد بالتزوير ثم أخفق الطاعن ، فذلك لا يمنعه من أن يطعن فى ذات العقد بأنه وصية ، لأن الطعن فى العقد بأنه وصية لا ينافى صدوره من أسند إليه (نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٨ ص ١٧٤) . وقضت كذلك بأنه إذا صدر حكم بإجراء القسمة على أساس حكم بتقسيم الميراث صدر من المحكمة الشرعية فى حق بعض الورثة وحكم من محكمة الاستئناف المدنية بالتحويل فى حق وارث آخر على حكم المحكمة الشرعية ، فإن صيرورة حكم القسمة نهائياً حائزاً قوة الأمر المقضى لا يحول دون الطعن بالنقض فى حكم محكمة الاستئناف ، لأن مصير هذا الحكم إذ يكون معاقباً بنتيجة الفصل فى الطعن فيه فإن حكم القسمة يتعلق بهذا المصير نفسه (نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢١ ص ٧٧٠ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمى بهامش صفحة ٧٧١) .

(١) نقض مدنى ٢٢ يونيو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٥٥ ص ٦٣٢ .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٤ — ولكن الحكم بإجابة الطلب الأصلي لا يكون حجة فى رفض الطلب الاحتياطي . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدعى قد تقدم إلى المحكمة بطلبين أحدهما أصلي والآخر احتياطي ، فإنه إذا ما أجيب الطلب الأصلي سقط الطلب الاحتياطي من تلقاء نفسه واندفع عن الدعوى فأصبح غير مائل فى الخصومة ، إذ المدعى لا يريد =

على أن المنطوق لا تكون له حجية الأمر المقضى إلا حيث يفصل في مسألة واقع لا في مسألة قانون^(١). ويجب أن يفصل في نزاع كان محل مناقشة بين الخصمين ، وتقدم فيه كل منهما بدفاعه وطلباته^(٢). أما ما عسى أن يرد في المنطوق من عبارات عارضة لم تكن محل مناقشة ، فليست لها حجية الأمر المقضى^(٣). مثل ذلك أن يقضى الحكم على المدين بدفع فوائد الدين دون أن يناقش مقدار هذا الدين بين الخصمين في الدعوى ، فالمنطوق الذي يرد فيه ذكر مقدار الدين

= أن يتصل القاضى بالطلب الاحتياطي إلا إذا لم يقض له بالطلب الأصلي . وإذا كانت المحكمة حين قضت للمدعى بالطلب الأصلي قد أسست ذلك على سبب واحد هو قولها : « إن الدعوى صحيحة من المستندات المقدمة من المدعى وعدم تقديم ما ينفيها » ، ثم ختمت منطوق الحكم بعبارة « ورفض ما عدا ذلك من الطلبات » ، ولم يكن فيما أوردت في حكمها ما يفيد أنها أرادت أن تبت في موضوع تلك الطلبات الاحتياطية ، فإن غاية ما تحمل عليه هذه العبارة أنها من قبيل مجرد التحرز الذي جرى القضاء على اختتام أحكامهم به ، إذ أنه لا محل للطلبات الاحتياطية بعد قبول الطلبات الأصلية . وإذن فلا يعتبر الطلب الاحتياطي مقضياً برفضه ، ولا يمتنع تجديد المطالبة به في دعوى ثانية . وعلى ذلك فإذا رفع الدائن على مدينه دعوى طالباً إلزامهم أصلياً بتسليم مقدار من المحصولات لبيعه واستيفاء دينه من ثمنه بطريق الامتياز تنفيذاً لعقد المديونية ، واحتياطياً إلزامهم بدفع مبلغ الدين متضامين ، وقضت المحكمة له بطلبه الأصلي ، ثم لما لم يستوف بتنفيذ الحكم كل دينه رفع دعوى ثانية بطلب إلزام المدينين بدفع باقى الدين متضامين ، فإن موضوع الدعوى الثانية يكون مختلفاً عن الموضوع المقضى فيه في الدعوى الأولى . فإذا حكم في الدعوى الثانية بعدم جواز نظرها بمقولة إنه بالحكم الصادر في الدعوى الأولى قد سبق الفصل برفض طلب التضامن في المديونية ، فهذا الحكم يكون مخطئاً في تطبيق القانون (نقض مدني ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣٢ ص ٦٥٤) — وكذلك رفض الدفع بحجية الأمر المقضى لا يعتبر فصلاً في سائر الدفوع التي لم يكن قد فصل فيها . وقد قضت محكمة النقض بأن قرار محكمة الاستئناف برفض الدفع بحجية الأمر المقضى وبإحالة القضية على محكمة الدرجة الأولى لنظر الموضوع ، ليس معناه رفض ما عسى يكون قدم فيها من دفوع أخرى لم يكن فصل فيها ، بل معناه نظر القضية من جديد من حيث الشكل ومن حيث الموضوع ، فلكل خصم أن يبدى ما يشاء من الدفوع بشرط ألا تتعارض مع ما قضت به محكمة الاستئناف في حكمها المطعون فيه (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩٠ ص ١٦٢) .

(١) استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١١٨ — ويكون للحكم حجية الأمر المقضى ولو اشتمل على خطأ في القانون (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٥) ، ولو قضى بما لم يطلبه الخصوم ولم يطعن فيه بالالتماس (بني سوييف الكلية ١٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٦٠٠ ص ١١٠٠) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(٢) استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٣١ .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ يولييه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٦ .

على نحو عارض لا تكون له حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى هذه المسألة (١) .

٣٦١ - أسباب الحكم : أما أسباب الحكم فلا تكون لها حجية الأمر المقضى فيما عرضت له من المسائل ، أياً كانت هذه المسائل ، ومهما بلغ من صراحة الأسباب ، ما لم تكن هذه المسائل قد ذكرت في منطوق الحكم قبولاً أو رفضاً على النحو الذى بيناه فيما تقدم (٢) .

على أن هناك من الأسباب ما تكون له الحجية . وهى الأسباب التى ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمنطوق الحكم ، تحدد معناه أو تكمله ، بحيث لا يقوم المنطوق بدون هذه الأسباب ، وبحيث إذا عزل عنها صار مبهماً أو ناقصاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان منطوق الحكم مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بأسبابه ونتيجة لازمة لها ، فإن هذه الأسباب تحوز حجية الأمر المقضى ، فإذا كان مدار النزاع فى الدعوى هو ما إذا كانت ملكية المدعى للأرض خالصة له وحده أو أن له

(١) ولا حجية لحكم ذكر الورثة ولم يفصل فى نصيب كل منهم (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٣٨) ، أو وصف دائناً للشركة بأنه دائن غير مباشر ثم أضاف أن هذه المسألة ليست محل بحث (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٠) ، أو وصف الخصم بأنه نائب نيابة قانونية دون أن تكون هذه الصفة محل مناقشة بين الخصوم (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٠٠) ، أو قضى بالنفقة دون أن يناقش قرابة المحكوم عليه للمحكوم له فلا حجية للحكم بالنسبة إلى هذه القرابة (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٣ - ص ٤٠٤) ، أو ذكر عرضاً أن المدعى عجز عن إثبات حقه فى الميراث دون أن يطرح موضوع الميراث على بساط البحث بين الخصمين ودون أن يستلزم طرحه الدفاع فى الدعوى (سوهاج الكلية ٣١ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٥٠٤ ص ١١٩٦) .

انظر أيضاً فى هذه المسألة : نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧٨ ص ٥٥٢ - ٢٦ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٧ ص ٧٢٠ - بئى سويف ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ١١٠٠ - شبين الكوم ١١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٩ ص ٦٤٦ . استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٧١ - ٢٧ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٠ - ٨ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣٢ . (٢) استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٦٥ - ١١ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢٠ - ٣ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣٨ - ١٠ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٤٤ - ٢ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٧ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢١ - ومن ثم لا يجوز استئناف أسباب الحكم وحدها دون المنطوق ، إذ المنطوق هو الذى يحوز حجية الأمر المقضى (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦٧) .

شركاء على الشيوع فيها ، وقد قضت المحكمة للمدعى بطلباته أخذاً بما انتهى إليه الخبير من أن الأرض موضوع النزاع هي ضمن مساحة مملوكة كلها للمدعى ومحدودة وغير شائعة في أطيان أخرى وكان هذا الحكم نتيجة لازمة لما قدمته المحكمة في أسباب حكمها المشار إليه من أن قسمة نهائية واقعية حصلت بين المدعى وشركائه في الملك الشائع اختص بموجبها المدعى بأطيانه مفرزة ، فان هذا الحكم يكون حائزاً في خصوص مسألة القسمة حجية الأمر المقضى ، مانعاً من العود إلى المناقشة فيها في أى دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع^(١) . وقضت أيضاً بأنه لا مانع من أن بعض المقضى به يكون في الأسباب ، فاذا قضت المحكمة ببطالان عقد بيع بعد أن استعرضت في أسباب حكمها الأوجه التي دار النزاع حولها طلباً ودفعاً ، وبحث هذه الأوجه ، وفصلت فيها فصلاً قاطعاً ، وخلصت من بحثها إلى النتيجة التي حكمت بها ، فعنى ذلك أنها بعد أن قضت في هذه المسائل وضعت قضاءها فيها في أسباب الحكم ، ثم وضعت بالمنطوق الحكم ببطالان البيع ، وهو نتيجة ما وضعته في الأسباب ، فأصبح الحكم فاصلاً في جميع نقاط النزاع المتقدمة الذكر طلباً ودفعاً^(٢) . أما إذا كانت المحكمة قد عرضت ، تزيداً

-
- (١) نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٢ ص ٢٩٣ .
 (٢) نقض مدنى ١٤ يونيو سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٦ ص ٤٢٨ — وقضت أيضاً بأنه متى كان يبين من الحكم أنه فصل في أسبابه فصلاً قاطعاً (أولاً) في أن الأرض القضاء لا تدخل ضمن عقد إيجار المنزل و(ثانياً) في وجوب الأخذ بأجر المثل في تحديد أجرة المنزل و(ثالثاً) في اعتبار عقد الإيجار منتهياً ، فان المحكمة لا تكون قد أخطأت إذ قضت بعدم قبول استئناف هذا الحكم لفوات ميعاده فيما يختص بهذه المسائل (نقض مدنى ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٠ ص ٤٨٢) . وقضت بأن الأسباب المرتبطة بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً بحيث لا تقوم له قائمة إلا بها تكون معه وحدة لا تتجزأ (نقض مدنى ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٥ ص ١٣٨) . وقضت أيضاً بأنه إذا قرر المجلس الحسبى الموافقة على صلح عقد بين أخ وجميع ورثة أخيه ومنهم قصر ، ولم توافق وزارة العدل على هذا الصلح ، ورفع الأمر إلى القضاء ، وتمسك ورثة الأخ الأول بأن الصلح صحيح بالنسبة للبالغين ، فحكمت المحكمة في الدعوى على هذا الأساس برفض دعوى البالغ وتأيد نذب خبير لتصفية حساب القصر وحدهم ، فهذا الحكم وإن كان منطوقه لم يرد به ذكر للصلح ، إلا أنه ، ما دام قد عرض في أسبابه للصلح وفصل فيه فصلاً قاطعاً ورتب قضاءه على ذلك ، يجوز حجية الأمر المقضى فيما يختص بالصلح ، لارتباط تلك الأسباب بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً ، وإذن فلا يصح فيما بعد التمسك بهذا الصلح في مواجهة القصر ، قولاً بأن قرار المجلس الحسبى بالتصديق على الصلح هو قرار نافذ ما دامت وزارة العدل لم تظن في هذا القرار بالاستئناف ، وهو الطريقة الوحيدة لإبطال أثره =

في بعض أسبابها ، إلى مسألة خارجة عن حدود النزاع المطروح عليها ، أو لم تكن بها حاجة إليها للفصل في الدعوى ، فإن ما عرضت له من ذلك في أسباب حكمها لا تكون له حجية الأمر المقضي (١) .

= (نقض مدني ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٨ ص ٣٨٢) . وقضت أيضاً بأنه إذا صرحت المحكمة في أسباب حكمها بأن عقود الإيجار التي تمسك بها الدائن المرتهن في تقدير الربح هي عقود صورية ، فإن هذا القضاء القطعي في صورية هذه العقود وفي عدم الاعتداد بها يحوز حجية الأمر المقضي لوروده في أسباب الحكم المرتبطة بمنطوقه ، وعلى ذلك فإذا أخذت المحكمة عند تصفية الحساب فيما بعد بالأجرة الواردة في عقود الإيجار ، كان حكمها مخالفاً للقضاء السابق متعيناً نقضه (نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٤ ص ٣٦٢) .

انظر أيضاً : نقض مدني ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٣ ص ٢٣٩ — ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٣ ص ٣٤٤ — ٣٠ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٨ ص ٣١٦ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٩ ص ٣٩٢ — ٨ يناير سنة ١٩٥٢ المحامة ٣٤ رقم ٦٤٥ ص ١٣٥٩ — استئناف مصر ٧ يونيو سنة ١٩٣٢ المحامة ١٣ ص ٥٣٨ — ١٠ يونيو سنة ١٩٣٣ المحامة ١٤ رقم ٣٥٢ ص ٦٧٩ — ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ المحامة ١٧ رقم ١٤٣ ص ٢٩٦ — استئناف أسيوط ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحامة ٩ رقم ١٤٣ ص ٢٤٠ — ١١ فبراير سنة ١٩٣١ المحامة ١٢ ص ٦٣١ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحامة ١٣ رقم ٣٦١ ص ٧٢٩ — استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٠٦ — ٢٥ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٨٢ — ١٤ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ١٧ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٦١ — ٣ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٦٧ — ١٧ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٦ — ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٦ — ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤٧ — ٢٥ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٧١ — ٢٧ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٢ — ٨ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣٢ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١٣ — ٢١ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣١٠ — ٢١ أبريل سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٨٠ — ٤ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٨١ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩ — ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٧ — ١١ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣١٧ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٨ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٥٧ — ٢٥ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٢٣ — ٢٠ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٦٥ — ١٧ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٦٣ .

(١) نقض مدني ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٢ ص ٢٩٣ — وقضت أيضاً بأنه لا يهمل عند القضاء في دعوى الملكية أن يكون المشتري استرد مادفعه أو لم يسترده مادام طلب رد الثمن لم يكن معروضاً على القاضي . ولا يهمل كذلك أن يكون البائع قد رد إلى المشتري ما قبضه من ثمن المبيع رداً مبرئاً لذمته أو أن يكون هذا الرد مشوباً بعيب يجعله غير مبرئ للذمة . وإذن فإذا تعرض القاضي في أسباب حكمه إلى مالا تتأثر به دعوى الملكية من ذلك ، فإن ما يعرض له يكون ، لعدم تعلقه بالطلب المرفوعة به الدعوى ولعدم اتصاله بالمنطوق بعدم الأثر ، زائداً = (٤٣ الوسيط — ج ٢)

على أن أسباب الحكم التي لا تحوز حجية الأمر المقضى ، وهى التي لا تنصل اتصالاً وثيقاً بالمنطوق ، قد يتمسك بها الخصوم أنفسهم فى دعوى أخرى تالية ، وتكون من بين أدلة الإثبات التي يتقدمون بها ، فيقدر القاضي دلالتها كما يقدر أى دليل آخر^(١) .

٣٦٢ - وقائع الدعوى : أما وقائع الدعوى فهى فى الأصل لاحجية لها فى دعوى أخرى . وإنما هى حجة بما جاء فيها فى نفس الدعوى إذا طعن فى الحكم بالنقض ، فتتقيد محكمة النقض بما أثبتته محكمة الموضوع من الوقائع ولا تستطيع أن تحيد عنها . ولا تبسط رقابتها إلا فى مسائل القانون .

ولكن قد تكمل بعض وقائع الدعوى منطوق الحكم بحيث يكون المنطوق ناقصاً بدونها ، فتكون للوقائع عندئذ حجية الأمر المقضى فيما تكمل فيه المنطوق . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا لم يوضح فى منطوق الحكم مقدار الشيء المحكوم به ، وكان هذا المقدار مبيناً فى عريضة افتتاح الدعوى وفى وقائع الحكم ، ولم ينازع فيه الخصم ، ولم تمس المحكمة من جهتها المقدار المذكور بأى نقصان ، فإنه فى هذه الحالة الخاصة يتعين اعتبار وقائع الحكم ومنطوقه مكونين فى هذه النقطة لمجموع واحد لا يتجزأ ، بحيث يكون للحكم فيما يختص بذلك المقدار حجية الأمر المقضى^(٢) .

= على حاجة الدعوى، وهو على هذا الاعتبار لا يحوز كالمنطوق حجية الأمر المقضى (نقض مدنى ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٥ ص ١٣٨) - وقضت أيضاً بأنه إذا كان المدعون قد طالبوا بمبلغ ما على اعتبار أنه استحقاقهم فى ريع وقف عن مدة معينة ، ففضى لهم بهذا المبلغ ، وجاء فى الحكم القاضي بذلك إشارة فى أسبابه إلى أنه كان يحق لهم أن يطالبوا بمبلغ أكبر عينه الحكم ، وصار هذا الحكم نهائياً ، فطالبوا بالفرق بين ما حكم لهم به وبين هذا المبلغ الذى عينه الحكم ، فرفضت المحكمة دعواهم على أساس ما أوردته فى حكمها من أسباب ، منها أن تلك الإشارة فى أسباب الحكم الأول لاحجية لها لخروجها عن نطاق الدعوى وعدم لزومها للفصل فيها ، وإنها إنما كانت دليلاً للقضاء بموجبه لهم بالمبلغ الذى طلبوه على أنه كل ما يستحقون لا جزء من استحقاقهم ، فلا ثريب فى ذلك على المحكمة (نقض مدنى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠ ص ٥٤ - انظر أيضاً : نقض مدنى ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٩ ص ٣٩٢) .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٣ .

(٢) استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١٠٤ ص ١٦٣ .

المبحث الثاني

الشروط الواجب توافرها في الحق المدعى به

٣٦٣ — شروط ~~ثلاثة~~ : لا يكون للحكم حجية الأمر المقضى إلا إذا توافر أيضاً في الحق المدعى به شروط ثلاثة :

(أولاً) اتحاد الخصوم (identité de personnes) .

(ثانياً) اتحاد المحل (identité d'objet) .

(ثالثاً) اتحاد السبب (identité de cause)

وهذا هو ما نصت عليه المادة ٤٠٥ من التقنين المدني فيما قدمناه إذ تقول «ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم ، وتعلق بذات الحق محلاً وسبباً^(١)» .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القواعد الخاصة بحجية الأمر المقضى هي من القواعد الضيقة التفسير التي يجب الاحتراز من توسيع مدى شمولها ، منعاً للأضرار التي قد تترتب على هذا التوسيع . وإذن فكلما اختلف أي شرط من شروط تلك القاعدة ، كالسبب أو الموضوع أو الأخصام ، بأن اختلف أيها في الدعوى الثانية عما كان عليه في الدعوى الأولى ، وجب التقرير بالألا حجية للحكم الأول تمنع الدعوى الثانية (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٦ ص ٦٧٤ — ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩ ص ٣٧) — انظر أيضاً : استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢١٢ — ١٥ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٥٨ — ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٢١ — ٢٣ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٠٦ — ٢٤ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٤٤ — ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٧ — ٢ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٠٦ — ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٥٧ — ٣٠ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٧٦ — ٢٣ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٦ — ٢٧ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٩٥ .

ومن ثم فدعوى البتة المرفوعة أمام المحكمة الشرعية ودعوى شهادة الزور المرفوعة أمام محكمة الجنج بطلب عقاب الشهود الذين شهدوا في دعوى البتة هما دعويان مختلفتان طلباً وسبباً وخصوصاً ، والبحث في أقوال الشهود أمام محكمة الجنج لا يعتبر تجديداً للنزاع في البتة التي ثبتت نهائياً بالحكم الشرعي ، لأن وحدة المسألة المبحوث فيها في الدعويين وفي استنكار أو اعتبار شهادة الشهود لا تغير شيئاً من اختلاف الدعويين في موضوعهما ، لا سيما أن الفقه الإسلامي إنما يوجب الضمان فقط على شهادة الزور ولكن لا يفسخ الحكم القائم على شهادتهم (دائرة النقض الجنائية ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٥) .

المطلب الأول

اتحاد الخصوم

٣٦٤ - الحكم موجه على الخصوم أنفسهم : لا يكون للحكم حجية إلا بالنسبة إلى الخصوم أنفسهم . فالحكم كالعقد لا يسرى أثره إلا في حق من كان طرفاً فيه ، ولا يمتد هذا الأثر إلى الغير . فإذا حصل المستأجر على حكم ضد المؤجر بتسليمه العين المؤجرة ، فإن هذا الحكم لا يكون حجة إلا على من كان خصماً في الدعوى ، أى على المؤجر والمستأجر . أما غير هذين ، كالمشتري للعين المؤجرة ، فلا يكون الحكم حجة عليه ، وله بالرغم من هذا الحكم أن يرفع دعوى على المستأجر يطالبه فيها بالعين إذا لم يكن لعقد الإيجار تاريخ ثابت سابق على البيع . أما المؤجر ، وهو أحد الخصوم في الحكم ، فلا يستطيع أن يرفع الدعوى من جديد على المستأجر ليطرح نفس النزاع الذي سبق أن فصل فيه الحكم (١) .

ويرجع اشتراط اتحاد الخصوم في حجية الأمر المقضى إلى مبدأ حياد القاضى الذى أسلفنا الإشارة إليه ، لا إلى الخشية من تعارض الأحكام . فقد كان يكفى لمنع تعارض الأحكام أن نشترط اتحاد المحل واتحاد السبب ، فيكون الحكم في مسألة معينة حجة في نفس المسألة متى اتحد المحل والسبب ، ويمتنع بذلك صدور حكم متعارض مع الحكم الأول . ولكننا اشترطنا أيضاً اتحاد الخصوم ، حتى إذا ما اختلف الخصوم لا يكون الحكم حجة ولو مع اتحاد المحل والسبب . ذلك بأن الخصوم في الحكم الأول هم الذين تقدموا باثبات ادعائاتهم ودفعوهم بالطرق التى ارتأوها والتي كانت فى أيديهم ، والقاضى محايد فى كل ذلك ، يترك الخصوم إلى أنفسهم يقوم كل بما يستطيع القيام به لإثبات ما يدعيه . فلا يجوز أن يكون الحكم الذى يصدره فى هذا الجو المحايد حجة على خصوم آخرين لم يدخلوا فى الدعوى الأولى ، ولم يتمكنوا من تقدير ما بأيديهم من وسائل

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٧١١ ص ٧٣٧ .

لإثبات ما يدعون . والحقيقة القضائية ليست حقيقة مطلقة ، بل هي حقيقة نسبية كما سبق القول .

٣٦٥ - وعلى الخصوم بنفس صفاتهم : والمراد باتحاد الخصوم

هو اتحادهم قانوناً لا طبيعة . فاذا كان لأحد الخصوم نائب مثله في الدعوى — وكيل أو وصي أو قيم أو سنديك أو غير ذلك^(١) — فالحكم حجة على الأصل لا على النائب . ولا تمنع هذه الحجية النائب من أن يعود إلى رفع الدعوى من جديد بصفته أصيلاً لا نائباً . فاذا طالب أب بحق ادعاه لابنه بصفته ولياً عليه ، فرفضت دعواه ، فإن هذا الحكم لا يمنع الأب من أن يعود إلى المطالبة بهذا الحق لنفسه هو بصفته أصيلاً^(٢) . والحكم على سنديك بهذه الصفة ليس حجة عليه بصفته الشخصية^(٣) . والحكم على مستحق في الوقف ليس حجة على الوقف ذاته ، ولا مقاصة بين حق للوقف ودين على أحد

(١) وقد يكون هذا المثل هو الوارث الظاهر . فالحكم الصادر في مواجهة الوارث الظاهر ، له أو عليه ، يكون حجة للوارث الحقيقي أو حجة عليه ، وذلك وفقاً لنظرية الوارث الظاهر (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤١٥) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٧١١ ص ٧٣٨ — ولكن الحكم يكون حجة على الابن ، فلا يستطيع بعد بلوغه سن الرشد أن يعود إلى رفع الدعوى من جديد . ويشترط لذلك أن يكون الأب قد سار في الدعوى في حدود نيابته ولم يجاوز سلطته الشرعية . وقد قضت محكمة النقض بأن الأحكام الانتهائية الصادرة في مواجهة مثل الخصم لا تسرى على نفس الخصم إلا في حدود نيابة الممثل والسلطة المخولة له . وإذن فالقيم إذا عقد اتفاقاً عن محجوره واشترط فيه التقاضي في كل نزاع بشأنه أمام محكمة جزئية بعينها تفصل فيه نهائياً ، فإنه يكون متجاوزاً في ذلك حدود سلطته بتنازله عن حق محجوره في نظر النزاع أمام المحكمة المختصة بالفصل فيه ، جزئية كانت أو كلية حسب القانون ، وفي نظره أمام جميع درجات التقاضي ، ذلك التنازل الذي لا يملكه القيم إلا بإذن من المجلس الحسبي لما فيه من الأضرار بالمحجور عليه ، قياساً على الصلح الذي أوجب القانون صراحة الإذن به وما ذلك إلا لما فيه من التنازل عن بعض الحقوق . وإذن فالحكم الذي يبنى على هذا الاتفاق لا يلتزم به المحجور عليه ، بل يعتبر أنه صدر على شخص القيم مجرداً عن صفته ، وإعلانه إلى القيم الجديد لا يترتب عليه أي أثر على الإطلاق ، فهو لا يمنعه من أن يخاصم باسم محجوره بدعوى أخرى (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦١ ص ٢٠٩) .

(٣) استئناف مختلط ١٠ نوفمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٦ - ٨ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٧ - ولكن الحكم على السنديك بهذه الصفة حجة على جميع الدائنين ، إلا إذا وجد لأحد منهم صالح خاص (استئناف مختلط ١٥ يونيو سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ٢٩٤) .

المستحقين^(١). والحكم على خصم بصفته صاحب الحق المدعى به لا يكون حجة عليه إذا رفع الدعوى من جديد باعتباره متنازلاً له عن هذا الحق من صاحبه^(٢).

(١) استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٩٦ — وقد قضت محكمة النقض بأن العبرة في اتحاد الخصوم فيما يتعلق بحجية الأمر المقضى إنما هي بالخصوم من حيث صفاتهم لا من حيث أشخاصهم ، وإذن فالحكم الصادر في وجه خصم بصفته الشخصية لا تكون له حجية قبل هذا الخصم باعتباره ناظراً على وقف ، فإن صفة النظارة للخصم قد تتعارض مع صفته الشخصية (نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٩ ص ١١٤) . وقضت أيضاً بأن الحكم الصادر قبل ناظر الوقف بصفته الشخصية لا يؤثر على وضع يد الوقف ولا يجوز حجية الأمر المقضى بالنسبة إليه (نقض مدني ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٠٣ ص ٧٩٦) .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٢٨ — ص ٤٢٩ — وقضت محكمة النقض بأن الحكم الذي يصدر في دعوى الاستحقاق الفرعية في إجراءات التنفيذ على العقار يكون حجة على المدين المنزوعة ملكيته المختصم فيها ، لأنه خصم حقيق فيها ولا تنعقد الخصومة بدونه ، إذ أوجبت المادة ٥٩٥ مرافعات (٧٠٥ جديد) إقامة الدعوى عليه (نقض مدني ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣٠ ص ٦٤٩) . وقضت أيضاً بأن الحكم الصادر في دعوى الاسترداد غيابياً بالنسبة إلى بعض الخصوم يصبح نهائياً بالنسبة إلى هذا البعض إذا لم يستأنفه في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره ، ومتى أصبح نهائياً فلا يجوز إهدار حجته بمقولة إنه صدر بالتواطؤ بين من صدر له وأحد الخصوم (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٩ ص ٩٨) — وقضت أيضاً بأنه إذا رفع دائن دعواه على مدينه المؤجر وعلى المستأجر منه طالباً إلثاء عقد الإيجار المبرم بينهما لصوريته ، ورفع المستأجر دعوى فرعية طلب فيها الحكم بصحة العقد وإلزام الدائن والحارس المعين بناء على طلبه بتعويض ، فقضى بصورية العقد ورفض الدعوى الفرعية ، ثم رفع المستأجر دعوى على المؤجر طلب فيها الحكم عليه بمبلغ عينه ، هو ما عجله له من أجرة الأرض وما تكلفه من المصاريف وما قدره لنفسه من التعويض ، فدفع المؤجر بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها ، فقضى برفض هذا الدفع على أساس ما هو ثابت من أنه في الدعوى الأولى لم يوجه المستأجر إلى المؤجر أى طلب وأن الحارس لا يمثل المؤجر فيما وجهه إليه المستأجر من طلبات ، فهذا الحكم لا يكون مخلاً بحجية الأمر المقضى ، إذ الخصمان في الدعوى التي صدر فيها لم يكن أحدهما خصماً للآخر في الدعوى السابق الفصل فيها (نقض مدني ١٣ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧١ ص ٣٨١ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمي بهامش ص ٣٨١ - ص ٣٨٢) - وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم على شركة بالتضامن حجة على جميع الشركاء بأشخاصهم ، ويجوز تنفيذه على كل منهم بمفرده دون حاجة إلى حكم آخر عليه (٤ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٠) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان تظهير الكيالة لا يعدل إلا توكيلاً ، فالحكم على حامل الكيالة (الوكيل) حجة على المظهر (الموكل) . (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩٤) - وقضت محكمة الإسكندرية الكلية بأن اختلاف الحاضرين في دعوى استرداد يخل =

٣٦٦- **وقهرمة على خلف الخصوم** : وليس الحكم حجة على الخصوم وحدهم ، بل هو حجة أيضاً على خلف الخصم ، سواء كان الخلف عاماً أو خاصاً .

فهو حجة على الخلف العام . وتكون له حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى ورثة كل من الخصمين ، والموصى لهم بجزء من مجموع التركة . فهؤلاء يكونون محكوماً لهم أو محكوماً عليهم تبعاً لما إذا كان السلف هو الخصم الذى كسب الدعوى أو الخصم الذى خسرها . ولكنهم لا يكونون خلفاً عاماً إلا باعتبار أنهم يتلقون هذا الحق من مورثهم . فلو أن المورث باع عيناً واحتفظ بحيازتها وبحق الانتفاع فيها ، ثم رفع عليه المشتري دعوى يطلب الحكم فيها بصحة البيع ، فحكم له بذلك ، فإن هذا الحكم لا يكون حجة على الورثة الذين يتمسكون بأن البيع حقيقة وصية تزيد على الثلث ، مستندين فى ذلك إلى المادة ٩١٧ من التقنين المدنى . ذلك بأن الورثة ، وهم يطعنون فى البيع ، يستعملون حقاً خاصاً بهم لا حقاً تلقوه عن مورثهم ، فلا يكون الحكم الصادر فى مواجهة مورثهم حجة عليهم (١) .

وهو حجة على الخلف الخاص . ويشترط فى ذلك أن يكون الحكم متعلقاً بالعين التى انتقلت إلى الخلف الخاص ، وأن تكون الدعوى التى صدر فيها الحكم قد رفعت وسجلت صحيفتها قبل انتقال العين إلى الخلف الخاص (٢) . مثل ذلك

= بشرط اتحاد الخصوم إخلالاً جوهرياً ، حتى لو كان المدين المحجوز عليه والمسترد فيهما واحداً ، وذلك لأن الحاجز فى دعوى الاسترداد هو الخصم المهاجم وهو صاحب المصلحة الحقيقية (٧ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ ص ٨٩٥) .

(١) وعندما كان الوقف الأهلى قائماً ، كانت ورثة المستحق فى الوقف الذين يلونه فى الاستحقاق لا يتلقون حقهم فى الاستحقاق عن مورثهم ، بل عن الواقف رأساً . وقد قضت محكمة مصر الأهلية بأن الأحكام الصادرة فى مواجهة مستحق فى الوقف لا تسرى على ورثته ، لأن الصفة فى الدعوى غير متمدية (٢٩ مايو سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ٣١٩) - وقضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر فى وجه إنسان لا يكون حجة على من يخلفه من وارث أو مشتر أو متلق عنه إذا استند هذا الخلف فى إثبات ملكيته إلى سبب آخر غير التلقى ، مستغنياً بهذا السبب الأخير عن التلقى (نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٨٤ ص ٤٠٣) .

(٢) استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٩٠ - ١٤ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٩٨ - ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٣ - ٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٣٣ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٨ - ٧ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٦٨ .

أن يصدر حكم على مالك أرض بوجود حق ارتفاق على هذه الأرض ، وبعد رفع الدعوى وتسجيل صحيفتها ، يبيع المالك الأرض ، فيكون الحكم في هذه الحالة حجة على المشتري لأنه الخلف الخاص للبائع^(١). أما إذا كان تسجيل البيع سابقاً على تسجيل صحيفة الدعوى التي صدر فيها الحكم ، فلا يكون المشتري خلفاً خاصاً ، ولا يكون الحكم حجة عليه^(٢). وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر في نزاع على ملكية عقار لا يكون نافذاً على من اشتروا وسجلوا عقدهم قبل رفع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم ، لأن من اشتروا قد أصبحوا بعد البيع ذوي حق خاص ، ولم يبق للبائع صفة في المخاصمة بالنيابة عنهم بشأن هذا الحق ، وعلى ذلك فلا يكون للحكم الصادر في دعوى تثبيت الملكية ضد البائع حجية الأمر المقضي بالنسبة إلى المشتري^(٣). وعلى العكس من ذلك ، إذا

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم الصادر في مواجهة البائع حجة على المشتري إذا كان البيع تالياً لصدور الحكم ، ولو كان هذا الحكم غير نهائي (٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦٥) — ولو كان هذا الحكم صادراً من محكمة أهلية بين وطنيين وكان الخلف الخاص أجنبياً (٣ يولية سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٥٠ — ٢٣ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٠٦ — ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٢٠ — ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٨) — ولو لم يسجل المحكوم له الحكم الصادر لصالحه (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٤٨ — ٢٩ يولية سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٩٠ — ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٤٣ — ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٤٩) .
والحكم الصادر لدائن التركة على الوارث حجة على المشتري من الوارث (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٠) — والحكم على المستأجر الممنوع من الإيجار من الباطن بالإخلاء حجة على المستأجر من الباطن ولو لم يدخل في الدعوى (استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٦٠ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٤٥) — والحكم بالشفعة على مشتر حجة على المشتري من هذا المشتري (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٥٤) .
(٢) استئناف مختلط أول يولية سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٥١ — ١٢ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١١٤ — ١٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤٨ — أما إذا كان تسجيل البيع في أثناء رفع الدعوى وبعد تسجيل صحيفتها فالحكم حجة (استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٣٠ — ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٤ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٤ — ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٤) .

(٣) نقض مدني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٤ ص ١٣ — انظر أيضاً :
نقض مدني ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٢ ص ١٠ — ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٧ ص ٢٩٤ — ٥ أبريل ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٨ ص ٥٩٢ =

رفع شخص دعوى استحقاق على المشتري دون إدخال البائع خصماً في الدعوى ،
وحكم للمدعى بالاستحقاق ، فان هذا الحكم لا يكون حجة على البائع (١) .

٣٦٧ — كاهن مجة على الدائنين : ويكون الحكم حجة أيضاً على

= وقضت محكمة النقض أيضاً بأن الدعوى المقامة من الدائن المرتهن حيازياً على المدين الراهن بمطالبته بالدين وحبس العين المرهونة لا يكون للحكم الصادر فيها بطلبات المدعى حجة قبل من اشترى الأرض بعقد مسجل قبل الرهن . فإذا باع هذا المشتري الأرض المذكورة إلى آخر بعقد غير مسجل ، وأقام المشتري الثانى دعوى على البائع له وعلى المرتهن طالباً الحكم له بصحة العقد العرفى الصادر له ونفاذه وشطب التسجيلات الموقعة على الأرض ومحوها ، بانياً دعواه على أن عقد الرهن صدر من غير مالك بعد عقد الشراء المسجل الصادر لبائعه ، فحكم فى هذه الدعوى بطلباته ، فهذا الحكم لا يعتبر مخالفاً للحكم السابق صدوره بإلزام المدين بالدين وحبس العين (نقض مدنى ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٥ ص ٧٣٣) . وقضت أيضاً بأن الشريك فى ملك شائع الذى يتصرف فى حصته الشائعة بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر ممثلاً للمشتري منه متى سجل هذا الأخير عقد شرائه وانتقلت إليه بذلك ملكية الحصة المبيعة قبل انتهاء إجراءات القسمة . وإذن ففى كان أحد الشركاء فى ملك شائع رفع دعوى بفرز وتجنيد نصيبه فى هذا الملك ، وأثناء سير الدعوى اشترى المطعون عليهما الأولان الحصة الشائعة لأحد الشركاء ، وأرادا التدخل فى دعوى القسمة فرفضت المحكمة تدخلهما بناء على اعتراض أحد الشركاء ، وسارت إجراءات القسمة فى غير مواجهتهما ، فلا يكون الحكم الصادر فى دعوى القسمة المشار إليها بتخصيص كل من طالبى القسمة بنصيب مفرز حجة عليهما (نقض مدنى ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ ص ٣٧٠) .

انظر أيضاً : محكمة الاستئناف الأهلية ١٧ مارس سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٩٦ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ١٥١ — استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٩ — ١٢ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١١٤ — ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤٨ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٨ — ٢ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٤ — وقارن : استئناف أهلى ١٠ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١١٣ .
والحكم الصادر بانقضاء الدين يكون حجة على المتنازل له عن هذا الدين إذا كان إعلان هذا التنازل إلى المدين لاحقاً لصحيفة الدعوى بانقضاء الدين (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٨) .

وانظر فى هذا الموضوع الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الأدلة جزء ٢ ص ٢٤٦ — ص ٢٧٦ .
(١) نقض مدنى ١٢ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٧ ص ٦٣٥ — استئناف أهلى ١٠ مايو سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٣٣ — مصر الأهلية ٢٣ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٧/٢ ص ٣٧ — استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧٤ .

دائى الخصم . فاذا صدر حكم على شخص باستحقاق العين التى وضع يده عليها ، فان هذا الحكم يكون حجة على دائى هذا الشخص ، ومن ثم لا تعتبر العين مملوكة لمدينهم ، ولا يستطيعون التنفيذ عليها . ويستوى فى ذلك أن تكون حقوق الدائنين تالية لرفع دعوى الاستحقاق أو سابقة عليها^(١) . كذلك إذا صدر الحكم فى دعوى الاستحقاق لصالح المدين وقضى برفض دعوى المستحق ، فان هذا الحكم يكون حجة للدائنين . وإذا كان المدين يمثل دائته فى الأحكام التى تصدر عليه أو له ، فان الدائن على العكس من ذلك لا يمثل المدين^(٢) . ويترتب على ذلك أنه إذا رفع الدائن دعوى باسم مدينه ، مستعملاً حق المدين وفقاً للمادة ٢٣٥ من التقنين المدنى ، فان الحكم الذى يصدر فى هذه الدعوى لا يكون حجة على المدين ما لم يكن قد أدخل فى الدعوى ، وبذلك قضت المادة ٢٣٥ سالفه الذكر إذ نصت على أنه « لا يشترط إعدار المدين لاستعمال حقه ، ولكن يجب إدخاله خصماً فى الدعوى » . ولا يكون الحكم كذلك حجة على الدائنين الآخرين إلا إذا أدخلهم المدعى عليه فى الدعوى^(٣) .

على أن تمثيل المدين لدائته ، فى الأحكام التى تصدر عليه ، لا يستقيم فى جميع الأحوال . فهناك أحوال ثلاثة يكون الدائن فيها من الغير بالنسبة إلى الحكم الذى يصدر ضد المدين ، ولا يسرى هذا الحكم فى حقه :

(الحالة الأولى) إذا تواطأ المدين مع خصمه فى الدعوى التى صدر فيها الحكم ضده ، أو تعمد خسارة الدعوى لإضراراً بدائته ، أو أهمل إهمالاً جسيماً فى الدفاع عن حقه . ففي هذه الحالة يحق للدائن أن يطلب اعتباره من الغير ، فلا يسرى الحكم فى حقه . وهذا ما يفعله الدائن أيضاً فى الدعوى البولصية عندما يطعن فى التصرف الصادر من مدينه لإضراراً بحقه . وهو إذا كان يلجأ فى اعتبار التصرف غير سار فى حقه إلى الدعوى البولصية ، فانه يلجأ فى اعتبار الحكم غير سار فى حقه إلى اعتراض الخارج عن الخصومة (tierce-opposition) .

(١) استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٢٥ (ولو كان الحكم ، وقت قيام المحاكم المختلطة ، صادراً من محكمة وطنية بين وطنيين وكان الدائن أجنبياً) .

(٢) على أن الدائن يمثل الدائنين الآخرين عند مباشرته لإجراءات نزع الملكية فى كل ما يفيد هؤلاء (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٤) .

(٣) استئناف مختلط ٥ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢ - وهذا ما لم تدفع الدعوى بعدم قبولها لعدم ادخال المدين خصماً فيها .

وتنص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٠ من تقنين المرافعات على أنه « يجوز لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها ، أن يعترض على هذا الحكم بشرط إثبات غش من كان ممثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم »^(١) . وسنرى فيما يلي أن الغير الذي لا يسرى الحكم في حقه ، كالدائن المتضامن والمدين المتضامن ، يستطيع أيضاً أن يلجأ إلى اعتراض الخارج عن الخصومة^(٢) . ولكن هناك فرقاً جوهرياً بين الدائن والغير . فالحكم الصادر ضد المدين يسرى في حق الدائن ، إلى أن يتمكن هذا من إلغائه عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة ، وهو الطريق الوحيد المفتوح أمامه لتحقيق هذا الغرض . أما الغير — والحكم لا يسرى في حقه — يستطيع أن يتجاهل هذا الحكم دون أن يلجأ إلى اعتراض الخارج عن الخصومة ، ويستطيع أن يرفع دعوى مبتدأة دون أن يحتاج عليه بالحكم فهو غير سار في حقه كما قدمنا^(٣) .

ويلاحظ أن الدائن ، عندما يطعن في الحكم الصادر ضد المدين باعترض الخارج عن الخصومة ، إنما يستعمل حقاً خاصاً به جعله القانون لحمايته ، لا حقاً مستمداً من المدين^(٤) . وهذا هو أيضاً ما يفعل في الدعوى البولصية ، فهو يستعمل حقاً خاصاً به ، لا حقاً مستمداً من المدين ، عندما يطعن في التصرف الصادر من هذا المدين .

(الحالة الثانية) إذا صدر حكم فيما بين المدين وأحد دائنيه بأن للدائن حق

(١) وتنص المادة ٤٥٣ من تقنين المرافعات على أنه « يبقى للخارج عن الخصومة الحق في الاعتراض على الحكم ما لم يسقط حقه بمضي المدة » . وتنص المادة ٤٥٥ على أنه « يترتب على الاعتراض على الحكم إعادة طرح الخصومة على المحكمة من جديد ، ولا يستفيد من الحكم الصادر فيه غير من رفعه ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك » .

(٢) ولا يشترط إثبات التواطؤ أو الغش أو الإهمال الجسيم كما سنرى .
(٣) انظر في هذه المسألة جان ماري أوصل (Ausset) في رسالته عن الغير في القانون المدني الفرنسي مونبيلييه سنة ١٩٥٢ ص ٢٣٤ - ص ٢٤١ — دي باج جزء ٣ ص ١٢٠ —
ص ١٠١٤ — الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ٢ ص ٤١٥ — ص ٢٤ — الأستاذ عبد المنعم الشرقاوي في المرافعات فقرة ٤٣٢ ص ٥٩٩ — الأستاذ أحمد أبو الوفا في المرافعات ص ٦٥١ .

(٤) استئناف مخطوط ١٢ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٦ — ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ١٢ .

امتياز أو حق أولوية من أى نوع كان . فان هذا الحكم لا يكون حجة على بقية الدائنين . ذلك أن التفاضل ما بين الدائنين أمر يخص هؤلاء الدائنين وحدهم ، ولا يمثلهم فيه المدين . فالدائن الذى لا يدخل خصماً فى الدعوى لا يكون الحكم بتأخره عن دائن آخر حجة عليه^(١). بل إن الحكم بصحة الدين الصادر فى مواجهة المدين لا يمنع دائناً آخر لنفس المدين من أن يطعن فى هذا الدين بالصورية^(٢). والدائن ، وهو يتمسك بصحة الدين أو بحق الأولوية ، إنما يستعمل هنا أيضاً حقاً خاصاً به ، لاحقاً مستمداً من المدين^(٣).

(الحالة الثالثة) الدائن المرتهن لا يمثل المدين ، بالنسبة إلى العين المرهونة ، إذا كان حق الرهن قد أصبح نافذاً فى حق الغير قبل رفع الدعوى ، فاذا رفعت على المدين دعوى باستحقاق العين المرهونة ، وكسب المدعى دعواه ، فان الحكم الصادر باستحقاق العين لا يكون حجة على الدائن المرتهن الذى قيد رهنه قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق ، ما لم يكن هذا الدائن قد أدخل خصماً فى هذه الدعوى . ونرى من ذلك أن الدائن المرتهن يعامل ، بالنسبة إلى العين المرهونة ، معاملة الخلف الخاص^(٤).

-
- (١) استئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٧ .
- (٢) استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٤٥ — ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٦ — ١٤ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٧١ . وقارب : نقض مدنى ٥ فبراير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤١ ص ٤١٢ .
- (٣) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٩ وهامش رقم ٣٧ .
- (٤) وهذا ما يذهب إليه الفقه الفرنسى (ديرانتون ١٣ فقرة ٥٠٧ — ماركاديه م ١٣٥١ فقرة ١٢ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤١١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٧ ص ١٠٢٤ — عكس ذلك : لاروميير ٥ م ١٣٥١ فقرة ١١٧) . أما القضاء الفرنسى فيعتبر الدائن المرتهن كالدائن العادى من حيث سريان الحكم الصادر ضد المدين فى حقه (نقض فرنسى ٢٥ أكتوبر سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤-١-٣٤ — محكمة باريس الاستئنافية ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤-٢-١٥٤) .
- وكان القضاء المختلط فى مصر يذهب ، فى أكثر أحكامه ، إلى أن الدائن المرتهن لا يصرى فى حقه ، بالنسبة إلى العين المرهونة ، الحكم الصادر ضد المدين ، شأنه فى ذلك شأن الخلف الخاص : استئناف مختلط ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٣٠ — ٣ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٣ — ٣٠ يناير سنة ١٩١٩ م ١٣ ص ١٤٣ — ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨٢ — ٤ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٣٥ — ٤ فبراير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٩٠ =

٣٦٨ - ولكنه ليس ممتجة على الغير : أما غير الخلف العام والخلف

الخاص والدائن العادي ، فلا يكون الحكم حجة عليه (Res inter alios ^(١)judicata) . فالغيرية في الحكم لا تختلف في جوهرها عن الغيرية في العقد ^(٢) .

ومن الأمثلة على الغير ، الذي لا يسرى في حقه الحكم الصادر ضد المدين ، المالك في الشيوع ، والمدين المتضامن ، والدائن المتضامن ، والكفيل ، والوارث بالنسبة إلى سائر الورثة .

فلو صدر حكم ضد أحد الملاك في الشيوع ، فإنه لا يكون حجة على بقية الملاك في الشيوع الآخرين ما داموا لم يختصموا في الدعوى ^(٣) .

أما المدينون المتضامنون أو الدائنون المتضامنون ، والكفلاء ولو كانوا متضامين ^(٤) ، فإن الحكم الصادر لمصلحة أحد منهم يفيد الباقي ، ولكن الحكم الصادر ضد أحد لا يكون حجة على الباقي . وقد طبقت المادة ٢٩٦

= انظر عكس ذلك : استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣ - ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٤ - ٩ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٩٦ - وعلى كل حال يجوز للدائن المرتهن أن يطعن باعتراض الخارج عن الخصومة في الحكم الصادر ضد المدين ، عن طريق التواطؤ أو الغش أو الإهمال الجسيم ، حتى يجعل هذا الحكم لا يسرى في حقه . وهذا ما يملكه حتى الدائن العادي ، فأولى أن يملكه الدائن المرتهن (استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٧٩ - ٤ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٨) .

(١) وذلك لا يمنع من أن يواجه الغير بالحكم كدليل من أدلة الإثبات يقدره القاضي ، وللغير أن ينقضه بدليل عكسي (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٠) .

(٢) قارن جان ماري أوسل (Ausset) في رسالته عن الغير في القانون المدني الفرنسي فقرة ٢٢٢ ص ٢٣٧ - ص ٢٣٨ .

(٣) استئناف أهلي ١٨ أبريل سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١٠٢/١ - قارن استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧٣ .

(٤) ويذهب القضاء وغالبية الفقه في فرنسا إلى أن الكفيل يسرى في حقه الحكم الصادر ضد المدين ، ويجوز للكفيل أن يطعن في هذا الحكم باعتراض الخارج عن الخصومة (تولييه ١٠ فقرة ٢١١ - بونيه ٢ فقرة ٨٨٦ - لارومبيير ٥ م ١٣٥١ فقرة ١٠٠ - وانظر عكس ذلك أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٥٠ وهما يفندان بالتفصيل حجج القائلين بسريان الحكم في حق الكفيل) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم الذي يمين مبلغ الدين القائم في ذمة المدين يكون حجة على الكفيل (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٩٦ - ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٨) .

من التقنين المدنى هذا المبدأ على المدينين المتضامنين ، فنصت على ما يأتى :
 « ١ - إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، فلا يحتج بهذا الحكم على
 الباقيين . ٢ - أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم ، فيستفيد منه الباقيون ، إلا
 إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه » .
 والأصل فى ذلك أن التضامن فيه معنى النيابة فيما ينفع لافيا يضر (١) .
 وكالتضامن عدم قابلية الالتزام للتجزئة .

أما الورثة فلا يمثل بعضهم بعضاً ، ولا يسرى الحكم الصادر فى مواجهة
 أحدهم فى حق الباقي ، إلا إذا ثبت أن الوارث قد كان خصماً فى الدعوى
 باعتباره ممثلاً للتركة . وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة الشرعية التى تقضى
 بأن الوارث ينتصب خصماً عن باقى الورثة فى الدعوى التى ترفع من التركة
 أو عليها قد تكون صحيحة ممكناً الأخذ بها لو أن الوارث الواحد كان قد خاصم
 أو خصم فى الدعوى طالباً الحكم للتركة نفسها بكل حقها أو مطلوباً فى
 مواجهته الحكم على التركة نفسها بكل ما عليها ، أما إذا كانت دعوى الوارث
 لم يكن مقصوده الأول منها سوى تبرئة ذمته من نصيبه فى الدين ، ذلك النصيب
 المحدد المطلوب منه فى الدعوى ؛ فإن الواضح أنه يعمل لنفسه فقط فى حدود
 هذا النصيب المطلوب منه ولمصلحته الشخصية فقط فى تلك الحدود ، لا لمصلحة
 عموم التركة كنائب شرعى عنها وقائم فى الخصومة مقامها ومقام باقى الورثة (٢) .

(١) استئناف مخطوط أول مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٨٨ . ولكن إذا كان كل المدينين
 المتضامنين قد دخلوا فى الدعوى ، فحكم لبعضهم ، فلا يفيد هذا الحكم من لم يحكم له منهم
 (بنى سوف ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ١٠٠) .

(٢) نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٦ ص ٦٧٤ - وقضت محكمة
 النقض بأن الوارث الذى لم يظهر فى الخصومة يعتبر ممثلاً فيها عن طريق نيابة الوارث الآخر ،
 أو بعبارة أدق عن طريق المورث الذى يتلقى الحق عنه ، إلا أنه مع ذلك لا يعتبر محكوماً عليه
 مباشرة بل يكون من الغير الذى له حق الطعن بالتعدى فلا يحوز الحكم قبله حجية ما . فالحكم
 الذى يعتبر حكماً شرعياً متعدياً إلى أحد الورثة ، وأنه يحوز قبله حجية الأمر المقضى أسوة
 بأخويه المحكوم عليهم فى نفس الحكم ، يكون مخطئاً (نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٤٩
 مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢١ ص ٧٧٠) ، وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا رفع أحد الدائنين
 دعواه على مدينه وعلى من تصرف له المدين من أولاده بطلب لإبطال هذا التصرف ، فإن الخصوم
 فى هذه الدعوى يعتبرون مختلفين عن الخصوم فى دعوى المنازعة فى صحة التصرف التى تقوم فيما بعد
 بين بعض ورثة المدين وبين من صدر إليهم التصرف . فإذا كان قد حكم فى الدعوى الأولى =

وقد قدمنا أن الغير لا يجبر على الطعن في الحكم الصادر ضد المدين باعتراض الخارج عن الخصومة ، لأن هذا الحكم ليس حجة عليه ولا يسرى في حقه ، فهو في غير حاجة إلى مهاجمته . ولكنه مع ذلك يستطيع أن يستبق الحوادث وأن يهاجم هذا الحكم ، فيطعن فيه باعتراض الخارج عن الخصومة ، ويؤكد عن طريق القضاء أنه من الغير بالنسبة إليه فلا يجوز أن يسرى في حقه . ولا يشترط لنجاح هذا الطعن إثبات التواطؤ أو الغش أو الإهمال الجسيم كما يشترط ذلك في نجاح طعن الدائن . وقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٤٥٠ من تقنين المرافعات بذلك إذ نصت على ما يأتي : « وكذلك يجوز للدائنين والمدينين المتضامنين وللدائنين والمدينين بالتزام غير قابل للتجزئة الاعتراض على الحكم الصادر على دائن أو مدين آخر منهم ^(١) » .

ويلاحظ أن هناك أحكاماً لا تثبت لها الحجية حتى بالنسبة إلى أشخاص دخلوا في الدعوى ، وهناك على العكس من ذلك أحكام تثبت لها الحجية حتى

= بطلان التصرف ، ثم حكم في الدعوى الثانية بصحته ونفاذه ، فلا يعد الحكم الثاني مخلاً بحجية الحكم الأول ، ولذلك يكون القضاء بإصدار الحكم الثاني بمقولة مخالفتها حجية الأمر المقضى مخطئاً في تطبيق القانون (نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧١ ص ١٥٨) . أما المالك تحت شرط فاسخ فيمثل من يكون مالكا إذا تحقق الشرط ، وذلك في الأحكام التي تصدر لصالحه لا في الأحكام التي تصدر ضده (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٥٥ و ص ٤٢٢) .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه في التأمين على المسؤولية يكون الحكم الصادر بتحقيق مسؤولية المؤمن له سارياً في حق شركة التأمين (نقض فرنسي ١١ مايو سنة ١٩٤٧ داللو ١٩٤٧ — ٢٦٥ — سيريه ١٩٤٧ — ١ — ١٣١) .

وقضت محكمة النقض في مصر بأن حكم مرسى المزاد لا يسرى إلا في حق من كان ممثلاً فيه ، وبأن القانون يحمي وضع اليد من كل تعرض له ، يستوى في ذلك أن يكون التعرض اعتداءً محضاً من التعرض أو بناء على حكم مرسى مزاد لم يكن واضع اليد خصماً فيه ، إذ الأحكام لا حجية لها إلا على الخصوم ، ولا يضار بها من لم يكن طرفاً فيها ، لا فرق في ذلك بين حكم مرسى المزاد وغيره من الأحكام (نقض مدني ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦ ص ٥٩ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمي بهامش ص ٦٠) .

وانظر في هذا الموضوع الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ٢ ص ٤٣٢ — ص ٤٥٨ .

(١) ويبدو أن قصر الاعتراض على حالتي التضامن وعدم القابلية للتجزئة إما أن يكون راجعاً إلى أن نصوص تقنين المرافعات الجديد في هذا الموضوع لم تنسق مع نصوص التقنين المدني الجديد ، وهذه تقضي بأن المدين المتضامن لا يسرى في حقه الحكم الصادر على مدين متضامن معه ، فلم يكن المدين المتضامن ومن الحق به في حاجة ، كالدائن ، إلى حق الاعتراض ليعتبر من الغير ، وإما =

بالنسبة إلى أشخاص لم يدخلوا . مثل الحالة الأولى أن يكون الشخص الذى دخل فى الدعوى ليس خصماً حقيقياً فيها ^(١) . ومثل الحالة الثانية أن يكون الحكم

= أن يكون راجعاً إلى أن الغير فى هاتين الحالتين أقرب إلى الشبهة فى أن يسرى الحكم فى حقه ، ففتح له باب الاعتراض حتى يدرأ عن نفسه بطريق جديد نظمه القانون ما عسى أن يمس من آثار حكم لا يسرى فى حقه . وغنى عن البيان أن باب اعتراض الخارج عن الخصومة لا يقفل أمام الغير الأبواب الأخرى التى يفتحها له القانون لدفع الاحتجاج عليه بحكم لا يسرى فى حقه . وقد صرحت بذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع تقنين المرافعات إذ تقول : « لم ير المشروع حاجة إلى النص على أن من يكون له طريق الاعتراض ولا يسلكه لا يحرم بذلك من حقه فى الالتجاء إلى الوسائل الأخرى التى يسمح له القانون بها لدفع الاحتجاج عليه بالحكم ، لم ير المشروع حاجة إلى هذا النص لأنه لا يعدو أن يكون تقريراً لقاعدة مقررة يكاد ينعقد الإجماع عليها » . (قارن الأستاذ عبد المنعم الشرقاوى فى المرافعات فقرة ٣٣ : ص ٦٠١ - وانظر الأستاذ أحمد أبو الوفا فى المرافعات فقرة ٥٣٩ ص ٦٥٣) . هذا واعتراض الخارج عن الخصومة ، كما كان فى تقنين المرافعات المختلط وكما هو فى لائحة المحاكم الشرعية وفى تقنين المرافعات الفرنسى ، أوسع نطاقاً من اعتراض الخارج عن الخصومة فى تقنين المرافعات الجديد ، إذ هو لا يقتصر على طائفة محدودة من الغير .

(١) وقد قضت محكمة مصر الأهلية بأنه إذا حصل نزاع بين بعض الملاك فى الشيوع بالنسبة إلى ملكية بعض الحصص ، ورفع أحد المتنازعين أمر هذا النزاع إلى القضاء ، وأعلن بدعواه من ينازعه فى ملكية حصته ومن لا ينازعه من الملاك على الشيوع ، كان ذلك الحكم حجة بينه وبين من ينازعه فقط دون الباقين ، بحيث إذا نشأ نزاع جديد عن ملكية تلك الحصة بين رافع القضية الأولى وبين الشائعين الذين كانوا سلموا له بملكيتها لحقه فى تلك القضية ، فليس لهؤلاء أن يحتجوا عليه بالحكم السابق (١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ ص ٣٥٦) — وقضت محكمة النقض بأنه لا يجوز الحكم بحجة الأمر المقضى إلا بالنسبة إلى الخصوم الحقيقية فى الدعوى الذين كان النزاع قائماً بينهم وفصلت فيه المحكمة لمصلحة أيهم . ومن ثم لا يصح اعتبار الحكم حائزاً لحجية الأمر المقضى بالنسبة إلى خصم أدخل فى الدعوى ولم توجه إليه طلبات . ولا يقال إنه كان فى إمكانه أن يبدى فى الدعوى ما يشاء ، فإن كان قد أهمل فهو الملوم — هذا القول لا وزن له قانوناً ، فإن كل شخص حر فى اختيار الوقت والظروف التى يقاضى فيها خصمه ، وليس لأحد أن يجبره على أن يفعل ذلك فى وقت أو ظرف معين أو أن يسأله على أساس أنه لم يفعل (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٢ ص ٥٩٣) .

وقضت محكمة النقض من جهة أخرى بأنه إذا كان يبين من الحكم الصادر للطاعن فى دعوى صحة التعاقد أنه أقام تلك الدعوى على البائع له وباقي إخوته من الورثة الذين كانت الأطنان المبيعة له مكلفة باسم مورثهم ، واستند فى دعواه إلى عقد البيع الصادر له وإلى أن البائع له اختص بالأطنان المبيعة بموجب قسمة حصلت بينه وبين إخوته ، فلم ينازعه سوى واحد من هؤلاء الإخوة ، ولم يكن ثمة ما يمنع أيّاً منهم من منازعته لو كان له وجه ، فأحجامهم عن منازعته لا ينفى أنهم كانوا خصوماً حقيقيين (نقض مدنى ٥ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض : رقم ٦٤ ص ٤٤٩) .

منشأً لحالة مدنية (état civil) ، كالحكم الصادر بتوقيع الحجر فإنه يكون حجة على الناس كافة ، من دخل الدعوى ومن لم يدخل ، وسيأتى تفصيل ذلك .

المطلب الثانى

اتحاد المحل

٣٦٩ - العبارة بما طلب الخصم لا بما لم يطلبه أو بما اعتقظ به :

ولا يكون للحكم حجية الأمر المقضى إلا بالنسبة إلى المحل ذاته الذى سبق طلبه فى الدعوى التى صدر فيها الحكم . فاذا رفعت دعوى جديدة بهذا المحل ذاته ، أمكن دفعها بحجية الأمر المقضى . ويترتب على ذلك أن الحكم بتعويض عن ضرر يمنع من تجديد المطالبة بالتعويض عن نفس الضرر ، ولكنه لا يمنع من الحكم بتعويض آخر عن ضرر استجد من نفس العمل الضار^(١) . وإذا صدر حكم يقضى بصحة عقد إيجار ، فلا يجوز بعد ذلك للمؤجر أو للمستأجر أن يرفع الدعوى من جديد يناقش فى حجة هذا العقد . أما إذا صدر حكم للمؤجر باستحقاق الأجرة عن مدة معينة ، فإن هذا الحكم لا يجوز بحجية الأمر المقضى بالنسبة إلى استحقاق الأجرة عن مدة أخرى ، إذ محل الدعوى هنا يختلف عن المحل فى الدعوى الأولى^(٢) . وإذا قضى فى حساب الدين عن مدة مضت فلا يجوز الرجوع إلى حساب الدين مرة أخرى وإعادة تقدير ريع الأرض المرهونة والموازنة بين هذا الريع والفائدة عن المدة التى قضى فى حسابها^(٣) .

(١) استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠٢ ص ٦٣ .

(٢) محكمة اللبان ١٠ يونيو سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ ص ٤٦ — ولكن لا يجوز أن يدفع استحقاق الأجرة عن المدة الأخرى بنفس الدفع الذى رفض فى استحقاق الأجرة عن المدة الأولى ، كأن يدفع مثلاً فى الدعويين بعدم صحة عقد الإيجار . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يمنع من وحدة الموضوع فى الدعويين الصادر فيهما الحكمان اللذان جاءا على خلاف اختلافهما المطالب بريعهما ، ما دام الموضوع فى الدعويين هو مقابل الانتفاع ويد المتفعين مستمرة على الأرض ، ولا يمنع من وحدة الخصوم إدخال ضمان فى الدعوى الثانية لم يكونوا خصوما فى الدعوى الأولى (نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٩ ص ٥٥٣) .

(٣) استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ ص ٧٤٦ .

(٤٤ الوسيط — ج ٢)

ووحدة المحل تبقى قائمة ، أيا كانت التغيرات التي تصيب هذا المحل بعد ذلك من نقص أو زيادة أو تعديل (١) .

والقاعدة في معرفة ما إذا كان محل الدعويين متحداً أن يتحقق القاضي من أن قضاءه في الدعوى الجديدة لا يعدو أن يكون مجرد تكرار للحكم السابق فلا تكون هناك فائدة منه ، أو أن يكون مناقضاً للحكم السابق سواء باقرار حق أنكره أو بانكار حق أقره فيكون هناك حكمان متناقضان (٢) .

والعبرة بطلبات الخصوم التي فصل فيها الحكم . فإذا لم يطلب الخصم الحكم

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٦ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يلزم بأن يحتفظ الشيء بذاتيته على وجه مطلق (٢٠ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٩٥) . ولا تعتبر العين الموقوفة قد تغيرت بإجراء الاستبدال فيها (استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٨٧) .

(٢) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٨٤ — ١٩ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٤٥ — سمالوط ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص ٢٧٩ — وتطبيقاً لهذا المبدأ قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يكون للحكم الصادر بعدم قبول دعوى تثبيت الملكية المبنية على عقد غير مسجل لرفعها قبل الأوان تأثير في دعوى المطالبة بالريع ، سواء أكانت هذه الدعوى الأخيرة مرفوعة تبعاً لدعوى الملكية أم مستقلة عنها . ويتعين الحكم للمشتري بالريع متى كان البائع غير منازع في صحة عقد البيع نزاعاً جدياً (٤ فبراير سنة ١٩٣٣ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ٦ ص ١٤٠) — وقضت أيضاً بأنه إذا كان حكم القاضي بالدين لم يتناول إلا البحث في وجود الدين ، ولم يتعرض للبحث في سداده أو عدم سداده ، فالحكم الصادر بالدين لا يمكن أن يكسب حجة الأمر المقضي بالنسبة إلى سداد الدين لأنه لم يفصل فيه (٣٠ أبريل سنة ١٩٣٣ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ١ ص ١٩) — وقضت محكمة أسيوط الكلية بأن الحكم الصادر في دعوى الريع ليس حجة في الملكية (٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٦٠ ص ٥٤٨) — وقضت محكمة سوهاج الكلية بأنه إذا كان الموضوع في الدعوى الأولى جزءاً مفزاً في عقار ، وكان في الثانية نصيباً شائعاً فيه ، فلا يمكن القول بوحدة الموضوع (٣١ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٥٠٤ ص ١١٩٦) . والحكم برفض تثبيت الملكية شائعة لعدم قيام الشروع لا يمنع من المطالبة بعد ذلك بتثبيت الملكية مفرزة (نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨ ص ٤٥) . وقضت محكمة النقض بأنه إذا قام النزاع على كون قطعة أرض داخلية مادياً وواقعياً ضمن حدود أرض كان متنازعا عليها ومقضياً فيها بين الطرفين في دعوى سابقة أو غير داخلية ضمنها ، فقضت محكمة الاستئناف بعدم دخولها محصلة فهمها من عناصر الواقع ، فإن حكمها هذا لاساس فيه بحجية الحكم الصادر في الدعوى السابقة (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٥ ص ٦٧٣ — ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠ ص ٥٤) .

على المدين وكفيله المتضامن بالتضامن ، فان الحكم الصادر باعتبار الكفيل غير متضامن لا يمنع من العودة إلى المطالبة بالتضامن ، فان هذا طلب جديد لم يكن موضوعاً للخصومة الأولى (١) .

كذلك إذا حفظ المدعى لنفسه الحق في بعض الطلبات ، فالحكم فيما قدمه من الطلبات لا يمنع من رفع دعوى جديدة للمطالبة بما احتفظ به من قبل . وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا طلب المدعى الحكم برد العين المغصوبة ، وحفظ لنفسه الحق في طلب الربيع بدعوى على حدثها ، وحكمت المحكمة له بالعين ولم تذكر شيئاً من الربيع ، وختمت الحكم بقولها « ورفضت باقي الطلبات » ، فلا يعتبر هذا الرفض سارياً على طلب « حفظ الحق » وما منا من طلب الربيع في المستقبل ، لأن هذا الحق محفوظ للمدعى دون أن تحكم له المحكمة بحفظه ، وتكون عبارة « رفضت باقي الطلبات » عبارة زائدة مكتوبة حسب العادة الجارية ولا تأثير لها (٢) . وإذا حفظ الحكم الصادر في دعوى التملك لأحد الخصوم الحق في رفع دعوى الربيع أو بالتعويض ، فذلك لا يعتبر فصلاً في المسئولية عن الربيع أو التعويض (٣) .

(١) محكمة الاستئناف الأهلية ١١ نوفمبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ ص ٥٨ — والحكم بإلزام الكفيل بهذه الصفة أن يدفع الدين لا يمنع من التمسك وقت التنفيذ بحق التجريد وبحق التقسيم (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٥) — والحكم بصحة التوقيع لا يمنع من رفع دعوى بصورية العقد (نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٥ ص ٦١٠) — والحكم برفض تدخل الدائن لا يمنع من رفع الدعوى بصحة دينه (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٦٩) — والحكم برفض دعوى الإبطال لا يمنع من رفع دعوى الفسخ (استئناف مختلط ١١ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٢٣) . والحكم برفض إلغاء قرار إداري لا يمنع من المطالبة بالتعويض أو تسوية الحالة (محكمة القضاء الإداري ٢٣ يونيو سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٣ رقم ٤٩ ص ٦٤) .

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن العبرة في حجية الأمر المقضي ليست بطلبات الخصوم في ذاتها، ولكن بما فصلت فيه المحكمة من هذه الطلبات . فإذا كانت المحكمة فصلت فقط في طلب تأجيل دفع الإيجار ، ولم يتعرض الحكم لا في منطوقه ولا في أسبابه إلى طلب التخفيض المبني على قانون تخفيض إيجارات الأراضي الزراعية والذي نص صريحاً أنه في حالة التنفيذ بحكم أو سند أو عقد رسمي لا يجوز التنفيذ بأكثر من المبلغ المصرح به في القانون ، فإن الحكم لا يجوز حجية الأمر المقضي (١٢ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٣١٣ ص ٦٤٨) .

(٢) محكمة الاستئناف الأهلية ٣ يونيو سنة ١٨٩٣ الحقوق ١٢ ص ٢٦٥ .

(٣) نقض مدني ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٩ ص ١٣٩ .

٣٧٠ - الحكم في شيء حكم فيما يتفرع عنه : والحكم في شيء

يعتبر حكماً فيه وفيما يتفرع عنه . فلا يجوز رفع الدعوى من جديد للمطالبة بما يتفرع عن شيء حكم برفضه .

ويترتب على ذلك أنه إذا صدر حكم برفض الإدعاء بملكية عين أو برفض الإدعاء بالدين ، فلا يجوز بعد ذلك رفع الدعوى من جديد للمطالبة ببيع العين أو بفوائد الدين . وإذا صدر حكم ببطالان سند الدين ، فلا تجوز المطالبة بعد ذلك بقسط جديد غير القسط الذى صدر فيه الحكم السابق . وقد قضت محكمة النقض بأن المسألة الواحدة بعينها إذا كانت كلية شاملة ، وكان ثبوتها أو عدم ثبوتها هو الذى ترتب عليه القضاء بثبوت الحق الجزئى المطلوب فى الدعوى أو بانتفائه ، فإن هذا القضاء يجوز حجية الأمر المقضى فى تلك المسألة الكلية الشاملة بين الخصوم أنفسهم ، ويمنع الخصوم أنفسهم من التنازع بطريق الدعوى أو بطريق الدفع فى شأن حق جزئى آخر متوقف ثبوته أو انتفاؤه على ثبوت تلك المسألة الكلية السابق الفصل فيها بين الخصوم أنفسهم أو على انتفائها^(١) .

٣٧١ - الحكم فى الكل والحكم فى الجزء : كذلك إذا كان الكل

متكوناً من أجزاء تعتبر ، بطبيعتها أو بطريق العادة ، غير متجزئة ، فالحكم فى الكل حكم فى الجزء ، والحكم فى الجزء حكم فى الكل .

فاذا حكم برفض دعوى الملك فى أرض زراعية بما يتبعها من أبنية وآلات ومواسير ونحو ذلك ، فلا تجوز المطالبة بعد ذلك بملكية شيء من هذه الأشياء التابعة . والحكم بالدين حكم بكل قسط من أقساطه^(٢) والحكم بصحة بيع

(١) نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٢٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٦ ص ٦٧٤ — محكمة الاستئناف الأهلية ٢ مايو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٢ ص ٢٩٣ — محكمة استئناف مصر ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٧ ص ٢٧٥ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٥ - ص ٤٣٦ .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٦ - ٤٣٨ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم بصحة الدين فى قسطين منه حجة بصحته فى القسط الثالث (استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٦ ص ١٣٨) .

متجر حجة في بيع كل عنصر من عناصره (١) .

والحكم في جزء من التركة حجة في جميع أجزائها (٢) . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان المحكوم به جزءاً من كل ، وكان النزاع في ملك هذا الجزء مبنياً على اعتبار أنه بعض من هذا الكل وعلى اعتبار أن هذا الكل مملوك للمدعى ، وكان الفصل في ملكية هذا الجزء يقتضى البحث في هذا الكل ، وفصلت المحكمة في منطوق حكمها في هذا الجزء فقط باعتبار أنه جزء من كل متنازع عليه بحث فيه في أسباب حكمها ، فإن الحكم يتصل بالكل ويكسب بالنسبة إليه حجية الأمر المقضى ، بشرط أن يكون الخصوم قد تنازعوا في ذلك تنازعاً جدياً وتبادلوا بحثه بحثاً دقيقاً حقيقياً مقصوداً من جميع نواحيه حتى يكون الحكم الصادر حجة عليهم فيما جعلوا تبادل بحثهم دائراً عليه . فالحكم الصادر في النزاع في ملكية جزء من منزل ، إذا تناول بحث النزاع الخاص بملكية المنزل جميعه بالشرط المتقدم ، يحوز حجية الأمر المضى بالنسبة إلى ملكية المنزل جميعه (٣) .

ومع ذلك فإن الحكم في الكل لا يتضمن حكماً في الجزء . فإذا صدر حكم برفض ادعاء الملكية في أرض ، لم يمنع ذلك من ادعاء الملكية في جزء

(١) استئناف مختلط ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٦ — استئناف مصر ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٥ ص ٢١٠ .

(٢) استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٧٧ .

(٣) استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٢٠ ص ٦١٣ — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد صدر بتأجيل الفصل في التعويض الذى يطلبه البائع من المشتري وبأحقية المشتري في استلام القمح المودع بمخازن البنك على ذمته من البائع ، على أساس أن عقد البيع قائم ونافذ بين الطرفين ، وأن المشتري عرض الثمن على البنك مقابل تسليمه القمح فرفض بناء على تعليمات البائع ، ثم صار هذا الحكم نهائياً بعدم استئنافه ، فإنه يجب على المحكمة ، وهى تفصل في طلب التعويض ، أن تعتبر ذلك الحكم محكماً نهائياً للعلاقات القانونية بين الطرفين ، لا فيما يتعلق بعقد البيع ذاته فقط ، بل أيضاً في كل ما كان مؤسساً على هذا العقد . فإذا هى خالفت مقتضاه ، قائلة أن المشتري تأخر عن دفع ثمن القمح وعن تسليم الغلال ، وأن العقد يعتبر بذلك مفسوخاً من نفسه ، فإنها تكون قد خالفت القانون بعدم مراعاتها الأساس الذى بنى عليه الحكم الأول باعتباره قد فصل في مسألة كلية لم تكن دعوى التعويض إلا جزءاً متفرعاً عنها ، مما كان يستوجب منها أن تنقيد به في قضائها بين الخصوم أنفسهم في دعوى التعويض التى فصلت فيها بعد صدوره (نقض مدنى ٢٥ يونيو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٩ ص ٤٨٦) .

شائع في الأرض (١) ، ما لم يكن الحكم السابق قد بت في أن المدعى لا يملك الأرض ولا أى جزء منها (٢) . والحكم برفض ادعاء الملكية لا يمنع من ادعاء حق ارتفاق أو حق انتفاع (٣) .

كذلك الحكم في الجزء لا يتضمن حتما الحكم في الكل . فالحكم برفض ادعاء حق ارتفاق أو حق انتفاع لا يمنع من ادعاء الملكية كاملة . والحكم برفض الفوائد لا يمنع من المطالبة برأس المال (٤) .

٣٧٢ - الحكم في صفة عارضة : وإذا قضى الحكم في طلب ، وكان

قضاؤه هذا يستلزم الفصل في صفة عارضة (qualité simplement accidentelle) للخصم ، فلا يكون الحكم حجة في دعوى أخرى تثار فيها هذه الصفة من جديد . مثل ذلك أن تقضى المحكمة التجارية باختصاصها بنظر نزاع بين شخصين ، على أساس أن المدعى عليه تاجر . فصفة التاجر التي خلعتها الحكم على المدعى عليه - وهي صفة عارضة - لا تحوز حجية الأمر المقضى في دعوى أخرى يطلب فيها نفس المدعى شهر إفلاس نفس المدعى عليه . وللمحكمة في الدعوى الثانية أن ترفض شهر الإفلاس ، على أساس أن المدعى عليه ليس بتاجر (٥) .

(١) استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٧٣ - أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٣ .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٧١٢ ص ٧٤١ .

(٣) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٣ - ص ٤٣٥ .

(٤) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٣ - ص ٤٣٥ - وإذا أغفل المدعى طلبا تحكم فيه المحكمة من تلقاء نفسها ، كطلب الحكم بمصروفات الدعوى على الخصم ، ولم تقض به المحكمة في حكمها ، فإن هذا الحكم يمنع من المطالبة به في دعوى جديدة (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ١٢١) .

(٥) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٩ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٧٨ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٩ ص ١٠٢٩ - ص ١٠٣٠ - ويذهب الفقه الفرنسي أيضا إلى أنه إذا قضى الحكم - في دعوى الدائن على الوارث - بصفة عارضة للوارث ، كأن قرر له صفة الورثة المطلقة (héritier pur et simple) لا صفة الورثة بشرط التجريد (sous bénéfice d'inventaire) ، فإن هذا الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضى ، بالنسبة إلى هذه الصفة ، في دعوى أخرى يرفعها دائن آخر على نفس الوارث (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٢٣ - ٤٢٤) .

٣٧٣ - الحكم في الحالة المدنية : والحكم الذي يقر لأحد الخصوم حالة مدنية (état civil) يخضع هو أيضاً لحجية الأمر المقضي وما تصطبغ به هذه الحجية من النسبية (caractère relatif) . فلا يكون لهذا الحكم حجية إلا فيما بين الخصوم ، ولا تتعدى حجيته إلى الغير .

وقد كان القضاء الفرنسي إلى عهد قريب يذهب إلى أن هذا الحكم تكون له حجية مطلقة (erga omnes) ، فيسرى في حق الناس كافة ، خصوصاً كانوا أو غير خصوم . فاذا خلع الحكم على شخص صفة الأب أو الإبن أو الزوج أو المحجور أو الوصي أو غير ذلك من الصفات التي تتعلق بالحالة المدنية ، كان الحكم حجة على جميع الناس في هذه الصفة . ذلك بأن الحالة المدنية لا تقبل التجزئة (indivisible) ولا يجوز أن تبقى قلقة مضطربة محتج بها على بعض دون بعض (١) . ولكن القضاء الفرنسي عدل أخيراً عن هذا الرأي في حكم له مشهور (٢) ، وقرر أن الحكم في الحالة المدنية حجيته هو أيضاً نسبية فيما بين الخصوم ، ولا تتعدى هذه الحجية إلى الغير (٣) .

على أن هناك نوعاً من الأحكام تأتي طبيعته إلا أن تكون له حجية مطلقة . وهذه هي الأحكام التي تنشئ الحالة المدنية (jugements constitutifs d'état) ولا تقتصر على الكشف عنها . فالحكم بالطلاق ، والحكم بإبطال الزواج ، والحكم بالحجر ، والحكم بتعيين وصي أو قيم ، كل هذه أحكام تنشئ حالة مدنية جديدة ، وهي بطبيعتها تسرى في حق الناس كافة ، ولذلك يهيء لها القانون عادة أوضاعاً معينة تكفل لها العلانية (٤) .

(١) وكان الفقه الفرنسي يجارى القضاء في مذهبه ، ويعتمد في ذلك على نظرية لفقيهه قديم (D'Argentré) تتلخص في أن الخصم يعتبر ممثلاً في الدعوى لجميع الناس (contradictoire) (légitime) : توليه ١٠ فقرة ٢١٦ وما بعدها — بونيه فقرة ٨٨٩ .

(٢) نقض فرنسي ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٥-١-٢٠١ مع تعليق سافاتييه — سيريه ١٩٢٧-١-٩٧ مع تعليق أودينييه .

(٣) وجارى الفقه الفرنسي المعاصر القضاء الفرنسي في مذهبه الجديد : بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٤٦٤ — كولان وكابيتان ومورانديير ١ فقرة ٥٦٧ — ديميترسكو ص ٥٦ وما بعدها .

(٤) كذلك تستثنى حالة ما إذا كان القانون لا يسمح إلا لشخص معين في إثارة النزاع ، كما في دعوى إنكار البتوة (désaveu) فهي لا يسمح بها إلا للزوج ، فيكون الحكم من ناحية الواقع =

وقد ذهب القضاء في مصر أيضاً إلى أن الأحكام التي تنشئ الحالة المدنية تكون حجة على الناس كافة (١).

المطلب الثالث

اتحاد السبب

٣٧٤ — تحديد معنى السبب : ويجب أخيراً ، حتى يكون للحكم

= حجة على الجميع (بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٥٠ ص ٤٥٣ - ص ٤٥٤) . والأحكام للصادرة في المنازعات المتعلقة بالإسم (en matière de nom) هي أيضاً بطبيعتها حجة على الجميع (جان ماري أوصل : الغير في القانون المدني الفرنسي فقرة ٢٢٣ ص ٢٤٥ - ص ٢٤٦) — انظر في هذه المسألة : أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٢٤ - ص ٤٢٨ وهامش رقم ١١٣ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٨ ص ١٠٢٧ - ص ١٠٢٨ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٤٨ - فقرة ١٣٥٠ — جان ماري أوصل فقرة ٢٢٨ - فقرة ٢٤٣ — دي باج ٣ ص ١٠٠٨ - ص ١٠١٢ .

(١) استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٨ — ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٢٨ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً بأن الحكم بتعيين وصي يكون حجة على الناس كافة (استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٦٨) ، وكذلك الإعلام الشرعي بالورثة (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٩٥) . وإذا كانت الحالة المدنية من شأنها أن تتغير ، فإن الحكم القاضي بها تزول حجيته متى زالت أسبابه . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه ، إذ قضى برفع الحجر عن المطعون عليه الأول ، قد قرر « أنه ليس بأوراق القضية ما ينم عن وجود غفلة أو سفه تمكن نسبتهما للمحجور عليه ، وإن وجدت أسبابهما وقت توقيع الحجر فقد زالت هذه الأسباب » ، فانه ليس في هذا الذي قرره الحكم ما يخالف حجية الأمر المقضي للحكم النهائي الصادر بتوقيع الحجر ، لاختلاف السبب والموضوع في الدعويين ، ولأن الحالات التي تستوجب الحجر هي بطبيعتها قابلة للتغير والزوال ، وإلا لما أجاز الشارع طلب رفع الحجر (نقض مدني ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤١ ص ٢٦٠ — انظر المجلس الحسبي العالي ٤ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢١٠ ص ٢٧٨) — أما الحكم في الجنسية كسألة عارضة فلا يجوز حجية الأمر المقضي : استئناف مختلط ٤ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٠ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٦٥ — ٢١ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٦٢ — ٢٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٥٩ — ١١ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٣ — ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٣٨ — ٢٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٨٠ — قارن : ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٠ — ٨ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣١١ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٦ .

حجية الأمر المقضى ، أن يتحد السبب . والسبب هو المصدر القانوني للحق المدعى به أو المنفعة القانونية المدعاة . وهو لا يعدو أن يكون الواقعة المراد إثباتها ، واقعة مادية ، أو تصرفاً قانونياً ، وقد سبق بيان ذلك .

فالمستأجر حين يطالب المؤجر بتسليم العين المؤجرة يكون السبب في دعواه هو عقد الإيجار . فإذا رفضت دعواه على هذا الأساس ، لم يجز له أن يعود إلى رفعها من جديد مستنداً إلى عقد الإيجار مرة أخرى ، أى إلى نفس السبب الذى استند إليه في الدعوى السابقة ، وإلا دفعت دعواه بحجية الأمر المقضى . أما إذا رفع دعوى جديدة بتسليم العين ، ولكن استند في طلبه إلى سبب جديد ، كعقد بيع مثلاً ، فإن الدعوى الجديدة لا يجوز دفعها بحجية الأمر المقضى لاختلاف السبب ، فقد كان في الدعوى الأولى إيجاراً وهو في الدعوى الثانية بيع . كذلك إذا طالب شخص بتسليم عين بسبب الميراث ورفضت دعواه ، فإن هذا لا يمنعه من العودة إلى المطالبة بها بسبب الوصية . وإذا رفضت الدعوى بملكية عين بسبب الشراء ، فلا مانع من المطالبة بها ثانية بسبب التقادم المكسب . بل لا يوجد ما يمنع من المطالبة بملكية العين ذاتها بسبب عقد بيع آخر غير عقد البيع الذى رفضت الدعوى الأولى على أساسه ، فإن المماثلة بين السببين لا تمنع من إزدواجهما ، وحجية الأمر المقضى تقتضى أن يكون السبب التالى هو عين السبب الأول فلا يكفى أن يكون مماثلاً له^(١) .

(١) ومن قضاء محكمة النقض في وجوب اتحاد السبب لقيام حجية الأمر المقضى : قضت بأنه إذا أبطلت محكمة الاستئناف تنازلاً عن مبلغ ما صادراً من والد إلى ولده بكتابة منه في ٣١ يوليه سنة ١٩٢٣ باعتبار هذا التنازل حاصلًا في مرض موت الوالد ، مع أنها بحكم سابق في دعوى أخرى كانت مرددة بين الطرفين قررت أن مرض موت هذا الوالد إنما بدأ في ١٠ أغسطس سنة ١٩٢٣ بما قد يفهم منه أن ذلك التنازل قد حصل من المورث في وقت صحته ، ثم تبين أن هذا الاعتراض قد عرض على المحكمة ، فتناوله في حكمها ، وبينت ما حاصله أن موضوع الدعوى الأولى كان خاضعاً بتصرفات وقعت من المورث في أكتوبر ونوفمبر سنة ١٩٢٣ طعن المورث بطلانها لحصولها في مرض موته ، فلم يكن يهم المحكمة إذ ذاك سوى معرفة ما إذا كان الشهران المذكوران هما من فترة المرض أم لا ، ولم يكن يعينها أن تقر مبدأ مرض المورث لأنها لم تكن محتاجة إلى تقريره ، ثم استتجت من الظروف والمستندات التي أشير إليها في الحكم الأول أن مرض موت الوالد قد ابتداء فعلاً قبل أول أغسطس سنة ١٩٢٣ ، وأن ورقة ٣١ يوليه قد حررها المورث فعلاً في هذا المرض ، فهذا الذي قرره محكمة الموضوع هو تحصيل الواقع بما تختص به هي وحدها بلا مراقبة لمحكمة النقض (نقض مدني ٦ يرنيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٨ =

وإذا كان تعدد السبب يمنع من التمسك بحجية الأمر المقضى ، فمن باب أولى يكون تعدد كل من السبب والمحل مانعاً من التمسك بهذه الحجية . ويترتب على ذلك أن الحكم الصادر في دعوى من دعاوى وضع اليد (actions possessoires) لا يكون حجة في دعوى الملكية (action pétitoire) ، ففي الدعوى الأولى المحل

= ص ٨٤٠) — وقضت أيضاً بأنه إذا رفعت دعوى من الدائن بإبطال البيع الصادر من مدينه ، فقضى ببطالان البيع ، ثم صدر بعد ذلك إقرار من البائع بأن هذا البيع لم يكن صحيحاً وأن ثمنه كان ديناً في ذمته للمشتري وتعهده بدفع دين الدائن الذى قضى له بإبطال التصرف حتى يزول أثر هذا الحكم ، ثم رفعت دعوى من بعض أولاد البائع ببطالان ذلك الإقرار ، فقضى ببطالانه لصدوره أجازة لعقد سبق الحكم ببطالانه بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الأجازة ، ثم رفع المشتري دعوى بمطالبة ورثة البائع بالدين الذى يدعيه في ذمة مورثهم ، فسبب هذه الدعوى ، وهو قيام الدين الذى يدعيه المشتري في ذمة البائع ، يكون مغايراً للسبب في الدعويين السابقتين ، وهو انعقاد البيع في الدعوى الأولى وأجازته في الثانية ، وفي هذه الحالة يجب رفض الدفع بعدم جواز سماع الدعوى المذكورة بمقولة سبق الفصل فيها (نقض مدني ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩ ص ٣٧) — وقضت أيضاً بأنه لما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن رفع دعوى الحراسة الأولى باعتبارها إجراء موقوتاً بالبت في الإشكال الذى رفعه المطعون عليه الأول في تنفيذ العقد الرسمى الذى اشترى الطاعن بموجبه الأطنان موضوع النزاع من المطعون عليه الثانى ، وكانت المحكمة قد قضت برفضها دون أن تبحث توافر شروطها تأسيساً على أنها صارت غير ذات موضوع بعد الفصل في الإشكال ، وكانت الدعوى الثانية التى رفعها الطاعن بطلب وضع الأطنان تحت الحراسة قد استند فيها إلى منازعة المطعون عليه الأول في ملكيتها ووقتها بالفصل في هذه الملكية فصلاً نهائياً ، وكان يبين من ذلك أن السبب الذى بنى عليه طلب الحراسة في كل من الدعويين مختلف عن الآخر ، فضلاً عن أن المحكمة لم تتعرض في الدعوى الأولى لبحث مسوغات الحراسة لتقول فيها كلمتها ، لما كان ذلك يكون الحكم المطعون فيه ، إذ قضى بعدم جواز نظر دعوى الحراسة الثانية لسبق الفصل فيها ، قد أخطأ تأويل الحكم الصادر في الدعوى الأولى خطأ ترتب عليه خطأ في تطبيق المادة ٤٠٥ من القانون المدنى (نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٨ ص ٢٥١) — وقضت أيضاً بأنه لما كان الحكم إذ رفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها استند إلى أن المدعين قد طلبوا في الدعوى السابقة الإخلاء لهدم المنزل وإقامة طابقين جديدين مكان الطابقين المزمع هدمهما ، وقد رفضت المحكمة الدعوى لأن إعادة البناء كما كان وعلى نفس المساحة وبذات الارتفاع لا يتحقق معه قصد الشارع من أجازة الإخلاء للهدم وإعادة البناء ، وطلبوا في هذه الدعوى الإخلاء للهدم وإعادة البناء بحيث يحتوى أكثر من دورين ، فقد اختلف السبب في الدعويين لتحقيق غرض الشارع في هذه الدعوى بحصول التوسعة بالفعل ، وكان هذا الذى جاء بأسباب الحكم مسوغاً لاختلاف السبب في الدعويين ، فان النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١١٥ ص ٧٨١) .

ومن قضاء محكمة الاستئناف المختلطة : قضت بأنه حتى تكون للحكم حجية الأمر المقضى يجب =

هو الحيازة والسبب هو وضع اليد مدة محدودة ، وفي الدعوى الثانية المحل هو الملكية والسبب هو وضع اليد مدة أطول أو سبب آخر غير وضع اليد (١) .

= اتحاد السبب (٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٥٨) . ويتغير السبب إذا استند الخصم إلى عقد بيع آخر غير البيع الذي صدر في شأنه الحكم الأول (٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٥٢ — ومع ذلك انظر : ١٢ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٩٧) ، ذلك ألا شيء يجبر الخصم على أن يتمسك بجميع أسانيد مرة واحدة ، فيستطيع إذن أن يتمسك بسند لم يسبق له أن استند إليه ولو كان هذا السند موجود وقت صدور الحكم الأول (٢٥ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٨٢) . ويتغير السبب لو استند الخصم إلى دفع غير المستحق بعد أن كان قد استند إلى العقد (٣ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣٨) ، أو رفع الدعوى غير المباشرة بعد إخفاقه في دعوى الحوالة (٢١ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٨) . وإذا حكم في دعوى القسمة للشريك المتقاسم بالملكية في نصيبه ، كان الحكم حجة في دعوى استحقاق يرفعها بعد ذلك أحد الشركاء على هذا الشريك (٢٠ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٦٥) . ورفض طلب التعويض عن المقاضاة الكيدية في دعوى قضى فيها باستحقاق الأعيان المتنازع عليها لا يكون حجة في دعوى تعويض أخرى عن الضرر الناشئ من حبس هذه الأعيان (٢٢ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨١) . ويجوز للدائن ، بعد إقفال قائمة التوزيع ، إذا كشف غشاً ارتكبه دائن آخر أدرج في هذه القائمة ، أن يرفع دعوى استرداد غير المستحق على هذا الدائن دون أن يواجه بحجة الأمر المقضى (١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) — انظر أيضاً : استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٦٨ — ١٧ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٧٣ — ٣٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠١ — ٦ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٥٧ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٩ — ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٥ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٠ — ٧ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٦٨ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٨ — ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٦ — ٨ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٢٠ — ١٩ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٤٥ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بألا حجية في دعوى الملكية للحكم الصادر في دعوى وضع اليد (نقض مدني ٢٢ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٢ ص ٥٩٣) — انظر أيضاً : استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٣ — ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٥ — ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٢٨ — ٢٢ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٣٩ — وانظر أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٤٥ وهامش رقم ١٠٠ .

كذلك الحكم في الحيازة في دعوى من دعاوى وضع اليد لا يكون حجة في دعوى إيجار بتسليم العين المؤجرة . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم ، إذ قضى برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها ، قرر أن الدعوى الأولى هي دعوى استرداد حيازة أساسها وضع اليد وما يستوجب القانون من حماية لواضع اليد على العقار متى توافرت في وضع يده الشروط المقررة لذلك قانوناً ، في حين أن الدعوى الثانية تتضمن في موضوعها طلب الحكم بتسليم العين المؤجرة باعتبار هذا التسليم حقاً من حقوق المستأجر والتزاماً من التزامات المؤجر، وأن السبب =

٣٧٥ - وجوب الإبقاء على شرط اتحاد السبب مع عدم النوع

فيه : واتحاد السبب كشرط في حجية الأمر المقضى من شأنه أن يضيق من هذه الحجية ، وأن يجعل العود إلى التقاضى ممكناً في ذات الموضوع وبين نفس الخصوم بدعوى أن السبب مختلف . هذا إلى ما يتطوى عليه تحديد معنى السبب ، في كثير من الحالات ، من دقة وخفاء سنرى أمثلة منها فيما يلي . وقد نزع بعض الفقهاء إلى القول بإمكان حذف هذا الشرط من شروط حجية الأمر المقضى ، دون أن يختل الأساس الذي تقوم عليه هذه الحجية^(١) . وقال آخرون بادماج المحل والسبب في شرط واحد ، فيكون هذا الشرط هو وحدة المسائل المتنازع فيها (questions litigieuses)^(٢) . والصحيح في نظرنا أن هناك اعتبارين متعارضين لا بد من التوفيق بينهما . فمن ناحية ، تقضى نسبة الحقائق القضائية أن نعتد بسبب الحق المدعى به ، فالحكم الذي يرفض الملكية بسبب الميراث لا يمكن أن يعتبر عنوان الحقيقة في رفض الملكية بسبب الوصية . ومن ناحية أخرى ، يقضى أحد الاعتبارات الجوهرية التي تقوم عليها حجية الأمر المقضى - وهو عدم تأييد المنازعات - ألا نتوسع كثيراً في فكرة السبب ، وأن نجتمع ما بين الأسباب المتقاربة التي يستدعي بعضها بعضاً فلا يفكر الخصم في أحدها دون أن يفكر في الآخر ، فنندمجها جميعاً في سبب واحد ، ولا نجعل من تنوعها

= الذي يستند إليه المستأجر في رفعها هو عقد الإيجار الذي يطالب بتنفيذه وليس مجرد وضع يده كما هو الحال في الدعوى الأولى ، وأن هذا الخلاف في الموضوع والسبب يمنع من التمسك بحجية الحكم السابق . . . إذ قرر الحكم ذلك فإنه يكون قد بين وجوه الخلاف بين الدعويين بياناً وافياً لا قصور فيه (نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١١٧ ص ٨٢٤) .

هذا وإذا خسر المدعى عليه الدعوى ، وكان لديه دفع يستطيع أن يدفعها به ، فالحكم ضده في الدعوى لا يمنعه من رفع دعوى جديدة يثير فيها الدفع الذي أغفله . فإذا رفع المدعى دعوى استحقاق على الحائز ، وأثبت سبباً للملكية ، ولم يدفع الحائز بأنه كسب الملكية بالتقادم ، فالحكم بملكية المدعى لا يمنع الحائز من رفع دعوى جديدة بملكيته التي تستند إلى التقادم (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٨٥) .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٠ ص ١٠٣١ .

(٤) جلاسون وتيسيه ٢ فقرة ١٠١٣ ص ١٠١ - قارن بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٥٣

ما يخل بوحدة السبب . ومنسیر على هذه الخطة ، وتبين أهميتها بوجه خاص عند الكلام في وحدة عيوب الرضاء كسبب المطالبة ببطالان العقد ، وعند الكلام في وحدة أنواع المسئولية كسبب للمطالبة بالتعويض .

فلا بد إذن من الإبقاء على شرط اتحاد السبب ، مع عدم التوسع فيه . فاذا تعدد السبب ، لم يجوز التمسك بحجية الأمر المقضى ، حتى لو اتحد المحل . لكن إذا اتحد السبب - مع اتحاد المحل والخصوم - جاز التمسك بحجية الأمر المقضى ، حتى لو تعددت أدلة الإثبات على هذا السبب الواحد ، أو تعددت الدعاوى التى تنشأ من هذا السبب الواحد (١) .

(١) ومن الأمثلة على تعدد الدعاوى التى تنشأ من سبب واحد ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا بدأ النزاع بين الراهن والمرتهن ، بأن رفع الراهن دعوى طلب فيها بطلان العقد المدعى الذى وصف بأنه بيع وحقيقته رهن وبراءة ذمته من الدين لاستهلاكه مقابل ما حصله المرتهن من الربيع ، ورفع الدائن دعوى فرعية بإلزام مدينه بالدين كاملاً وحبس العين المرهونة ، وانتهى هذا النزاع بحكم قضى بإلزام الراهن بأن يدفع للمرتهن مبلغاً معيناً باعتباره الباقي له من الدين لغاية سنة ١٩٣٣ بعد خصم قيمة الربيع الذى استولى عليه من فوائد الدين وأصله . ثم تجدد النزاع ثانية بدعوى رفعها المدين طلب فيها براءة ذمته من المبلغ المحكوم به عليه ، وقضت المحكمة بتعديل هذا المبلغ واعتبار رصيد الدين لغاية ١٩٤٠ مبلغاً معيناً . ثم أراد المدين أن يبرىء ذمته من المدين ، فعرض على الدائن المبلغ المحكوم به نهائياً وملحقاته . فرفع الدائن بدوره دعوى أخرى ضد المدين بمبلغ عينه طالبه به على أنه مقابل ريع الأرض المرهونة من سنة ١٩٢٣ (تاريخ العقد) إلى سنة ١٩٤٢ ، مدعياً أنه لم يحصل شيئاً من الربيع لبقاء الأرض فى يد المدين طوال هذه المدة . فإن هذه الدعوى لا تكون مقبولة بالنسبة إلى المطالبة بالربيع لغاية سنة ١٩٤٠ لسبق الفصل فيها . إذ السبب فيها ، كما فى جميع الدعاوى السابقة ، هو عقد المديونية الذى أنشأ الرابطة القانونية بين الراهن والمرتهن ، فإن الدائن إذ يطالب بالربيع إنما يعتمد فى طلبه على الحق الذى استمده من العقد بصفته مرتهاً حيازياً ، والمدين حينما يطلب براءة ذمته إنما يتخذ من انقضاء الدين لسبب من أسباب الانقضاء أساساً لطلبه ، وهذا الأساس يرد إلى عقد الرهن . وغير صحيح القول بأن سبب دعوى المرتهن الأخيرة هو وضع يد المدين على العين المرهونة ، فان استحقاق الدائن لهذا الربيع لا سبب له قانوناً إلا العقد المذكور الذى يخوله حق الاستيلاء على ريع العين المرهونة سواء ظلت فى حيازته أو انتقلت إلى حيازة الغير بطريق الإجارة أو غيرها . والموضوع أيضاً واحد فى جميع هذه الدعاوى ، وهو بقاء الدين أو انقضاؤه . وغير صحيح كذلك القول بأن موضوع القضايا السابقة كان مقصوراً على بطلان العقد وموضوع الدعوى الأخيرة هو المطالبة بريع العين ، فان بطلان العقد لم يكن إلا توطئة للطلب الأساسى وهو براءة ذمة الراهن لاستهلاك الدين فى الربيع على أساس أن المعاملة قرض مكفول برهن وأن =

فيجب إذن مواجهة الحالات الآتية : (١) وحدة المحل مع تعدد السبب .
وهنا لا يجوز التمسك بحجية الأمر المقضى . (٢) وحدة السبب مع تعدد الأدلة ،
وهذا لا يمنع من قيام حجية الأمر المقضى . (٣) وحدة السبب مع تعدد الدعاوى ،
وهذا أيضاً لا يمنع من قيام حجية الأمر المقضى .

٣٧٦ - وحدة المحل مع تعدد السبب : قد يتحد المحل في الدعويين
ويتعدد السبب . وعند ذلك لا يكون للحكم الصادر في الدعوى الأولى حجية
الأمر المقضى في الدعوى الثانية كما قدمنا ، إذ أنه بالرغم من توافر شرط اتحاد
المحل قد اختل شرط اتحاد السبب . وأكثر ما يتحد المحل ويتعدد السبب في العمل
يقع في أحوال أربع : (١) يكون المحل المتحد هو بطلان العقد وتتعدد أسباب
البطلان . (٢) يكون المحل المتحد هو انقضاء الالتزام وتتعدد أسباب الانقضاء .
(٣) يكون المحل المتحد هو حق الملكية وتتعدد أسباب كسبها . (٤) يكون المحل
المتحد هو قيام التزام وتتعدد مصادره .

فقد يطالب شخص ببطلان عقد ، ويجعل سبب البطلان عيباً في الشكل أو
عيباً في الرضاء أو نقصاً في الأهلية أو خللاً في المحل أو خللاً في السبب .
فهذه جملة من الأسباب الرئيسية للبطلان ، إذا تمسك بسبب منها ورفضت
دعواه ، لم يمنعه ذلك من رفع دعوى جديدة يتمسك فيها بسبب آخر . فإذا
تمسك بعيب في الشكل وقضى بصحة الشكل ، جاز أن يتمسك بعيب في الرضاء .
وإذا تمسك بخلل في المحل ، لم يمنعه الحكم برفض دعواه من رفع دعوى جديدة
يتمسك فيها بخلل في السبب . على أنه لا تجوز المبالغة ، كما قدمنا ، في تنويع
السبب الرئيسي الواحد من أسباب البطلان ، وإلا فقدت حجية الأمر المقضى
قيمتها ولم تمنع من تأييد الخصومات . فالعيب في الشكل لا يتعدد سببه ، مهما
تعددت صور هذا العيب^(١) . والعيب في الرضاء لا يتعدد ، أيا كان هذا العيب

= ما حصله المرتهن من غلة العين المرهونة وفي الدين وفوائده ، والمحكمة في صدد بحث هذا
الطلب في القضايا السابقة سمعت دفاع المرتهن في مقدار الغلة وفي ادعائه عدم الحصول عليها ، ثم
قررت ما حصله منها والفائدة التي يستحقها وقامت بعملية الاستهلاك (نقض مدني ٨ فبراير
سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٦ ص ٥٦٥) .
(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٨٩ .

غلطاً أو تدليساً أو إكراها^(١). ونقص الأهلية لا يتعدد ، أيا كان السبب الذى الذى يرجع إليه نقص الأهلية قصراً أو سفهاً أو غفلة أو عتياً . وهكذا قل عن سائر الأسباب الرئيسية للبطلان . فاذا طعن شخص ببطلان عقد للتدليس ورفضت دعواه ، لم يجز له أن يعود فى دعوى جديدة يطعن فى العقد بالإكراه . والضابط لوحدة السبب فى البطلان هو ، فيما نرى ، أن يكون هناك سبب رئيسى واحد ، إذا انقسم إلى أسباب فرعية فإن كل سبب منها يستدعى السبب الآخر ، بحيث ترتسم كل هذه الأسباب الفرعية فى مخيلة الخصم مندمجة فى هذا السبب الرئيسى ، فلا يفكر فى واحد منها دون أن يفكر فى الباقي ، فتتحقق وحدة السبب فى هذا السبب الرئيسى . وهو يستغرق كل الأسباب الفرعية التى تندمج فيه ، فلا يتعدد السبب بتعدددها ، ويكون الحكم فى أى سبب منها حكماً فى الباقي . ومن ثم إذا طعن الخصم فى العقد بالغلط دون غيره من عيوب الرضاء ،

(١) وقد انقسم الفقهاء فى فرنسا فى هذه المسألة . ففريق يذهب إلى أن عيوب الرضاء — الغلط والتدليس والإكراه — عيوب مستقلة كل عيب منها عن الآخر ، ولا تندمج فى سبب واحد ، بل يتعدد السبب بتعدد العيب ، وكذلك شأن عيوب الشكل وعيوب نقص الأهلية وعيوب المحل وعيوب السبب ، (ديمولومب ٣٠ فقرة ٣٣٤ — لوران ٢٠ فقرة ٧٢ — هيك ٨ فقرة ٣٢٩ — فقرة ٣٣٠ — بودوى وبارد ٤ فقرة ٢٦٨١ — وأنظر فى هذا المعنى فى الفقه المصرى الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات جزء ٢ فقرة ٦٧٣ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٨٢ ص ٣٢٧ — ص ٣٢٨ — وقد كنا ممن يقول بهذا الرأى — الموجز فقرة ٧١٣ ص ٧٤٤ — ولكن الخطة التى سرنا عليها فى هذا البحث هى ، كما قدمنا ، إدماج الأسباب الفرعية فى السبب الرئيسى ، حتى لا يتعدد السبب الواحد ، فتتأبد المنازعات . وفريق آخر يذهب ، على العكس من ذلك ، إلى إدماج جميع أسباب البطلان — عيوب الشكل والرضاء والأهلية والمحل والسبب — فى سبب واحد ، فيحوز الحكم فى أى عيب منها حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى العيوب الأخرى (بونيه فقرة ٨٧٦ — جريولى ص ١٠٩) ، وظاهر أن هذا الرأى المتطرف يقوم على الخلط ما بين المحل والسبب ، فالبطلان هو المحل لا السبب ، أما سبب البطلان فليس واحداً بل يتعدد ، ومنه ما يرجع إلى الشكل ومنه ما يرجع إلى الرضاء ومنه ما يرجع إلى الأهلية . وفريق ثالث يقسم أسباب البطلان إلى أسباب رئيسية ، ويدمج فى كل سبب رئيسى ما يتفرع عنه من أسباب ، ويقف فى تعدد السبب عند السبب الرئيسى لا السبب الفرعى (توليه ١٠ فقرة ١٦٥ — فقرة ١٦٦ — ماركاديه ٥ م ١٣٥١ — لاروميير ٧ م ١٣٥١ فقرة ٨١ — فقرة ٨٣ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٨٩ وهامش رقم ٩٠) . وهذا هو الرأى الذى سرنا عليه ، ويبدو أنه هو الرأى الذى ساد فى الفقه الفرنسى المعاصر (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٠ ص ١٠٣٢ — ص ١٠٣٣ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٥٤ ٤٦١ — ص ٤٦٢) .

فالحكم برفض دعواه للغلط حكم برفض الدعوى للتدليس والإكراه ، ذلك بأنه عند ما طعن في العقد بالغلط لا بد أن يكون قد استعرض بطريق التداعي التدليس والإكراه فاستبعدهما واقتصر على الغلط . إذ الطعن في العقد بالغلط ينفي الطعن فيه بالتدليس ، فالتدليس غلط وقع فيه الخصم بسبب طرق احتيالية استعملت ضده ، وما دام لا يطعن في العقد إلا بالغلط فهو ينفي ضمناً أن هناك طرقاً احتيالية أوقعته في هذا الغلط . كذلك الطعن في العقد بالغلط ينفي الطعن فيه بالإكراه ، لأن دعوى الغلط تفترض وقوع الخصم في وهم من غير علم بالواقع ، فهي لا تتفق مع دعوى الإكراه التي تفترض خضوع الخصم للتعاقد عن علم بالواقع . ونرى من ذلك كيف أن الغلط والتدليس والإكراه عيوب فرعية ، يستدعى كل عيب منها العيب الآخر ، وترتسم جميعاً في مخيلة الخصم مندججة في سبب رئيسي واحد . فاذا اقتصر الخصم على عيب منها ، فانه بذلك يكون قد استبعد العيبين الآخرين . على أنه قد يحدث أن يطعن الخصم في العقد بالغلط ، جاهلاً وقت الطعن أنه انما وقع في هذا الغلط بسبب طرق احتيالية نصبها له خصمه . فاذا كشف ، بعد صدور الحكم برفض دعواه للغلط ، عن هذه الطرق الاحتيالية ، جاز له أن يرفع دعوى جديدة بالتدليس ، على أن يثبت أنه لم يكشف عن هذا التدليس إلا بعد صدور الحكم في دعوى الغلط . كذلك يجوز أن يكون قد أكره على جانب من العقد وغلط في جانب آخر ، فرفع دعوى الإكراه قبل أن يكشف عن غلطه . فاذا صدر حكم في دعوى الإكراه ، فان هذا لا يمنع من أن يرفع دعوى الغلط ، على أن يثبت أنه لم يكشف عن هذا الغلط إلا بعد صدور الحكم في دعوى الإكراه^(١) .

(١) قارب بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٠ ص ١٠٣١ - ص ١٠٣٢ - نقض فرنسي ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٧ سيرييه ١٩٤٨ - ١ - ٦٢ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجلة النقض ص ٩٧٧ .

وغنى عن البيان أن من يطعن في العقد بالبطلان يستطيع أن يعود إلى المطالبة بفسخ العقد (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٨٣) أو إلى الطعن في العقد بالدعوى البولصية ، والطعن في العقد بالدعوى البولصية لا يمنع من العودة إلى الطعن في العقد بدعوى الصورية (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٠) ، فهذه كلها أسباب مختلفة . ورفض الطعن في البيع بوقوعه في مرض الموت لا يمنع من الطعن فيه باعتباره هبة في غير ورقة رسمية (محكمة الاسكندرية الأهلية ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١/٥٧ ص ١٢٢ - منيا القمح في ٢ مايو سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢٢ ص ٨٦) . والحكم بصحة عقد باعتباره صادراً من المورث بعد إنكار التوقيع عليه من بعض =

وقد يطالب شخص بانقضاء التزام، ويجعل سبب الانقضاء الوفاء أو المقاصة والإبراء أو التقادم أو غير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام. فإذا تمسك بالوفاء جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالمقاصة، أو تمسك بالإبراء جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالتقادم، وهكذا. فلا يوجد ترتيب خاص للتمسك بأسباب الانقضاء أو بأسباب البطلان، إلا ما يقتضيه حسن الدفاع من الناحية الواقعية لا من الناحية القانونية. فيجوز التمسك بسبب من أسباب البطلان قبل التمسك بسبب من أسباب الانقضاء. كما يجوز التمسك بسبب من أسباب الانقضاء قبل التمسك بسبب من أسباب البطلان. كما يجوز أخيراً التمسك بأى سبب من أسباب البطلان أو الانقضاء قبل التمسك بسبب آخر منها. ويترتب على ذلك أنه يجوز التمسك بالغلط ثم بالمقاصة، أو التمسك بالمقاصة ثم بالغلط، أو التمسك بالتدليس ثم بعدم مشروعية السبب، أو التمسك بالتجديد ثم باتحاد الذمة. ولا يوجد مانع قانوني من التمسك مثلاً بالوفاء ثم بالإبراء، إلا أن مركز من يتمسك بالوفاء أولاً ثم يتمسك بالإبراء بعد ذلك يكون ضعيفاً من الناحية الواقعية لما بين الدعويين من تعارض (١).

وقد يطالب شخص بملكية عين، ويجعل سبب الملكية هو العقد أو الوصية أو الشفعة أو التقادم أو غير ذلك من أسباب كسب الملكية. فإذا تمسك بالعقد،

= الورثة لا يمنع الورثة المذكورين من الطعن في العقد بعد ذلك لاعتباره صادراً في مرض الموت (استئناف مصر ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ١٠٤ ص ١٧٦ - عكس ذلك : بنى سويف الكلية ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٧٤ ص ٢٣٧. وهو حكم متقيد : الموجز للمؤلف فقرة ٧١٢ ص ٧٤٤ هامش رقم ١).

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٧١٣ ص ٧٤٤ - ص ٧٤٥ - ومع ذلك فقد قضت محكمة مصر الأهلية بأنه إذا دفع المدعى عليه دعوى المدعى الذي يطالبه بدين بمقتضى سند بأنه قام بسداد الدين وأن دفعه يبرئه، وإذا حكمت المحكمة المدنية برفض هذا الدفع، فلا مانع يمنع المدعى عليه من الادعاء مدنياً أمام المحكمة الجنائية مطالباً بتعويض عن تزوير سند الدين، لأن الموضوع مختلف عن موضوع القضية المدنية. فالموضوع الأول هو براءة الذمة، والموضوع الثاني هو التعويض عن فعل الجنحة. ثم إن السبب أيضاً مختلف اختلافاً جوهرياً، لأن الدفع الذي رفض أولاً أمام المحكمة المدنية كان قائماً على براءة الذمة من الالتزام، ولكن السبب القانوني الذي يرتكز عليه المدعى المدني هو المسئولية الناشئة عن الجنحة، وهذا أمر مختلف عن الأول (١٠ مارس ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٥٦٠).

جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالوصية . وإذا تمسك بالتقادم ، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالشفعة (١) .

وقد يطالب شخص آخر بالتزام قام في ذمته ، ويجعل مصدر هذا الالتزام العقد أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو غير ذلك من مصادر الالتزام . فإذا تمسك بالعقد ، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالعمل غير المشروع . وإذا تمسك بالإثراء بلا سبب ، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالعقد . وإذا تمسك بالعمل غير المشروع ، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالإثراء بلا سبب . ونرى ، جريباً على الخطوة التي نسير عليها ، أن العمل غير المشروع ، بل المسؤولية في مجموعها ، سبب رئيسي واحد لا يتعدد بتعدد أنواع المسؤولية . فرفض دعوى المسؤولية عن عمل معين يمنع من رفع دعوى جديدة بالمسؤولية عن نفس العمل ، ولو كلفت المسؤولية في الدعوى الأولى بأنها مسؤولية عقدية وفي الدعوى الثانية بأنها مسؤولية تقصيرية ، ومن باب أولى لو كلفت في الدعوى الأولى بأنها مسؤولية تقصيرية قائمة على خطأ ثابت وفي الدعوى الثانية بأنها مسؤولية تقصيرية قائمة على خطأ مفروض . ففي كل هذه الأحوال ، السبب الرئيسي الذي يجب الوقوف عنده هو العمل الذي نشأت عنه المسؤولية ، عقدية كانت أو تقصيرية ، وهذا العمل هو هو لم يتغير في جميع الصور المتقدمة (٢) .

(١) استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٥٢ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٦٣ — الزقازيق الكلية ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٦١ ص ٢٥٨ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ١٠٧ .

وقضت محكمة الزقازيق بأنه إذا رفعت دعوى بالمطالبة بملكية عقار ارتكناً على سبب قانوني وهو الميراث ، وفصل في تلك الدعوى ، فليس هناك ما يمنع المدعى الذي صدر الحكم ضده في هذه الدعوى من أن يرفع دعوى أخرى مرتكناً على عقد البيع الصادر إليه من بعض الورثة عن جزء من العقار نفسه ، حتى لو ثبت أن ذلك البيع قد انعقد في تاريخ سابق على الدعوى الأولى وذلك لاختلاف السبب في الدعويين (٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٢٥٨) .

هذا وقد قضت محكمة الاستئناف الاهلية بأن من رفضت دعواه في الشفعة بصفته شريكاً له أن يرفعها بصفته جاراً ، ولا يقبل الدفع بحجية الأمر المقضي لأن السبب في الدعوى ليس واحداً في الحالتين (١٧ مارس ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١/١٤ ص ٢٨) . ولسنا نرى في تعدد أسباب الأخذ بالشفعة إلا أسباباً فرعية ترجع إلى سبب رئيسي واحد ، والقضاء في سبب منها قضاء في سائر الأسباب .

(٢) وهذا هو ما جرى عليه قضاء محكمة النقض في دائرتها المدنية . فقد قضت بأن الراجع =

٣٧٧ — وحدة السبب مع تعدد الأدلة : وقد يتحد السبب وتعدد عليه الأدلة . فيكون السبب في هذه الحالة واحداً ، مهما تعددت أدلته ، واقعية

= في باب قوة الشيء المحكوم به هو اعتبار كل ما تولد به للمضروب حق في التعويض عن شخصه أو عن ماله قبل من أحدث الضرر أو تسبب فيه — كل ذلك هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض مهما تنوعت أو تعددت علل التعويض أو أسبابه ، لأن ذلك جميعاً من وسائل الدفاع أو طرقه (moyens) ، فهما كانت طبيعة المسؤولية التي يبحثها القاضي في حكمه الصادر برفض دعوى التعويض ، ومهما كان النص القانوني الذي استند إليه المدعى في طلباته أو النص الذي اعتمد عليه القاضي في حكمه ، فإن هذا الحكم يمنع المضروب من إقامة دعوى تعويض أخرى على من حكم قبله برفض دعواه ، لأنه يعتبر دالا بالاقتضاء على انتفاء مسئولية المدعى عليه قبل المدعى عما ادعاه عليه أيا كانت المسؤولية التي أسس عليها طلبه ، عقدية أو غير عقدية أو تقصيرية ، على معنى أن كل ذلك كان من طرق الدفاع ووسائله في دعوى التعويض ، وإن لم يتناوله البحث بالفعل فيها ، ولم يكن ليبرر الحكم للمدعى على خصمه بتعويض ما (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ ص ٤٥٢) . وقضت محكمة النقض أيضاً في دائرتها المدنية بأن المراد في وحدة الدعويين في صدد قوة الشيء المحكوم فيه هو على ماهية الموضوع في كل دعوى والسبب المباشر الذي تولدت عنه كل منهما ، فإذا كان موضوع الدعوى الأولى بين الخصوم هو المطالبة بتعويض وسببها حفر مسقى ، وموضوع الدعوى الثانية المطالبة بتعويض أيضاً وسببها هي الأخرى حفر المسقى نفسها ، فلا يؤثر في وحدتهما اختلاف علة السبب المطلوب التعويض من أجله ولا قيمة التعويض المطالب به (نقض مدني ١٥ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٦ ص ١١٥) — أما الدائرة الجنائية لمحكمة النقض فتجري على غير ذلك ، ذاهبة إلى أنه إذا رفضت الدعوى على أساس نوع معين من المسؤولية لم يحز الحكم حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى الأنواع الأخرى ، فالسبب في دعوى المسؤولية هو نوع الخطأ الذي قامت عليه — فيتميز الخطأ العقدي عن الخطأ التقصيري كما يتميز الخطأ الثابت عن الخطأ المفروض — لا قيام المسؤولية في ذاتها . وبما قضت به في هذا المعنى أنه ما دامت الدعوى قد رفعت على أساس المسؤولية التقصيرية ، والمدعى لم يطلب أن يقضى له فيها بالتعويض على أساس المسؤولية التعاقدية — إن صح أن يطلب ذلك أمام المحكمة الجنائية — فليس للمحكمة أن تتبرع من عندها فتبني الدعوى على سبب غير الذي رفعها صاحبها به ، فإنها إذ تفعل تكون قد حكمت بما لم يطلبه منها الخصوم ، وهذا غير جائز في القانون (نقض جنائي ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٤٥ ص ١٣٢) — وقضت كذلك بأنه ما دامت الدعوى المدنية قد رفعت أمام المحكمة الجنائية ، فإن هذه المحكمة إذا انتهت إلى أن أحد المتهمين هو وحده الذي قارف الجريمة المطلوب التعويض عنها ، وأن المتهمين الآخرين أحدهما لم يقع منه سوى تقصير في الواجبات التي يفرضها عليه العقد المبرم بينه (وهو مستخدم ببنك التسليف) وبين المدعى بالحقوق المدنية (وهو بنك التسليف) والآخر لم يثبت وقوع أي تقصير منه — إذا انتهت المحكمة إلى ذلك ، يكون متعيناً عليها ألا تقضى بالتعويض إلا على من تثبت عليه الجريمة ، وأن تقضى برفض الدعوى بالنسبة للمتهمين الآخرين ، لأن حكمها =

كانت هذه الأدلة أو قانونية . وعند ذلك يكون للحكم الصادر في الدعوى الأولى حجية الأمر المقضى في دعوى أخرى ، عاد فيها الخصم إلى نفس السبب ، ولكن ليقم عليه دليلاً آخر ، فلا يقبل منه ذلك (١) .

وقد رأينا فيما قدمناه عن دعوى المسؤولية تطبيقاً لهذه القاعدة . فالسبب في هذه الدعوى هو — كما قدمنا — العمل الذي نشأت عنه المسؤولية ، وهو واحد لا يتعدد ، وإنما تتعدد أدلته (moyens) ، فتارة تستند المسؤولية إلى العقد ،

== على المتهم الذي خالف شروط العقد لا يكون إلا على أساس المسؤولية التعاقدية وهو غير السبب المرفوعة به الدعوى أمامها ، وهذا لا يجوز في القانون ، ولأن حكمها بالتعويض على المتهم الآخر ليس له ما يبرره ما دام لم يثبت وقوع أى خطأ منه . أما القول بأن المحكمة كان عليها في هذه الحالة أن تحكم بعدم الاختصاص في الدعوى المدنية بالنسبة لهذين المتهمين ، أحدهما أو كليهما ، لا برفضها ، فردود بأنه مادامت الدعوى قد رفضت على أساس انعدام المسؤولية التقصيرية ، فإن ذلك لا يمنع المدعى بالحقوق المدنية ، وليس من شأنه أن يمنعه ، من رفعها أمام المحاكم المدنية بناء على سبب آخر هو المسؤولية التعاقدية (نقض جنائي ٣١ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٣٧ ص ٨١) . وانظر أيضاً في هذا المعنى : نقض جنائي أول فبراير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٦١ ص ٤٨٠ — أول مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٢٦ ص ٤٩ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٣٩٤ ص ١٠٠٦ — ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٧ ملحق جنائي ٩٩ — ٥٨ استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٩ — أما القضاء في فرنسا فقد جرى على نحو ما تجرى عليه الدائرة الجنائية لمحكمة النقض عندنا ، فهو يذهب إلى أن السبب في دعوى المسؤولية هو نوع الخطأ الذي تقوم عليه المسؤولية ، فلا يجوز للمدعى أن يترك الخطأ التقصيري إلى الخطأ العقدي ، أو يترك الخطأ الثابت إلى الخطأ المفروض ، وإلا كان ذلك طلباً جديداً لا يجوز له أن يتقدم به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، ولا يجوز هذا أيضاً للقاضي ، وإلا كان ذلك قضاء في شيء لم تطلبه الخصوم ، وإذا رفضت دعوى المسؤولية على أساس نوع معين من الخطأ فإن الحكم لا يجوز حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى الأنواع الأخرى (أنظر في القضاء الفرنسي وفي نقده مازو ٣ فقرة ٢٠٩٧ — فقرة ٢١٠١) . وانظر في هذه المسألة الوسيط جزء أول فقرة ٦٢٢ — الأستاذ سليمان مرقس : مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ٢١٩ — ص ٢٣٨ — ١٧ العدد الثاني — أصول الإثبات فقرة ١٨٢ ص ٣٣٠ — ص ٣٣١ — هذا وقد قضت الفقرة الأخيرة من المادة ٤١١ من تقنين المرافعات بما يأتي : « وكذلك يجوز مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله تغيير سببه والإضافة إليه » . وهذا الحكم يسمح لمن رفع دعوى المسؤولية العقدية في محكمة أول درجة أن يستند إلى المسؤولية التقصيرية في محكمة الاستئناف أو بالعكس . وكذلك يجوز لمن استند إلى نوع من المسؤولية التقصيرية في محكمة أول درجة أن يستند إلى نوع آخر من هذه المسؤولية في محكمة الاستئناف .

(١) وهذه الأدلة أو الوسائل أو الحجج (moyens, arguments) تدعى بالأسباب البعيدة (causae remotae) — أما السبب (cause) فيدعى بالسبب القريب (causa proxima) (انظر أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٨٧ و ٨٨) .

وطوراً إلى الخطأ الثابت ، وثالثة إلى الخطأ المفروض ، وليست هذه كلها إلا أدلة متعددة لسبب واحد هو قيام المسؤولية . ففي دعوى المسؤولية إذن السبب هو قيام المسؤولية ، والمحل هو التعويض .

ومن ادعى التخلص من دين بالوفاء ، وأراد أن يقدم على ذلك بينة حكم بعدم جواز سماعها ، وقضى عليه بالدين ، لا يجوز له بعد ذلك أن يرفع دعوى جديدة متمسكاً بالسبب نفسه وهو الوفاء ، وإن قدم عليه هذه المرة دليلاً مكتوباً كمخالصة بالدين . ذلك أن السبب هنا — وهو الوفاء — لم يتغير ، وأن تغير الدليل عليه من بينة إلى ورقة مكتوبة . على أنه إذا رفع الدائن دعوى بالدين ، ولم يدفع المدين بالوفاء فقضى بالدين ، ولم يتناول الحكم إلا البحث في وجوده ولم يعرض للوفاء به ، فإن هذا الحكم لا يجوز حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى الوفاء . ومن ثم يجوز للمدين ، إذا عثر بعد ذلك على مخالصة بالدين ، أن يرفع دعوى جديدة يطالب فيها الدائن برد ما دفع إليه دون حق^(١) . أما إذا دفع المدين بالوفاء ، وعرض الحكم لهذا الدفع وقضى برفضه ، فإن هذا الحكم يجوز حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى الوفاء أيضاً ، ولا يجوز للمدين إذا عثر بعد ذلك على مخالصة بالدين رفع دعوى جديدة باسترداد ما دفع دون حق^(٢) .

(١) قارن الموجز للمؤلف فقرة ٧١٣ ص ٧٤٥ - ص ٧٤٦ — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه من المقرر أن استرداد ما أخذ دون حق لا يمنع سبق صدور حكم في خصومة لم يعرض فيها على المحكمة حصول تسديد مبلغ وتقديم سندات مثبتة للسداد (٢٩ يونيو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/١٣٣ ص ٢٤٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم القاضي بالدين لم يتناول إلا البحث في وجود الدين ، ولم يتعرض للبحث في سداؤه ، فالحكم الصادر بالدين لا يمكن أن يكسب حجية الأمر المقضى بالنسبة لأداء الدين لأنه لم يفصل فيه ، وعلى ذلك يصح رفع دعوى ببراءة الذمة عن الدين المحكوم به . أما إذا كان الحكم قد بحث في الأداء ، فإنه يكسب حجية الأمر المقضى لأنه فصل فيه ، ولا يصح حينئذ رفع الدعوى من جديد ببراءة الذمة مما حكم به (٣ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٤٢ ص ٨٢) — انظر أيضاً : استئناف أهل ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٤ القضاء ٢ ص ٢٦ — بنى سويف الجزئية ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٢٨ ص ٤٤٢ — استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧٤ — ٢٣ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٩٨ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢١ — ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ادعى مدين أنه سدد الدين المطلوب الحكم به عليه ، ثم حكم بإلزامه بهذا الدين ، وتناول هذا ما كان يدعيه من التخلّص من الدين بالوفاء قاتلاً فإنه =

وإذا ادعى شخص ملكية عين بسبب الشراء مستنداً إلى ورقة مكتوبة لإثبات عقد البيع له ، فرفضت دعواه ، لم يجوز أن يرفع دعوى جديدة ليثبت صحة البيع بورقة أخرى أو بالينة ولو كانت قيمة العين تميزها ، وذلك بأن سبب الملكية — وهو عقد البيع — لم يختلف ، بل الاختلاف هو في أدلة الإثبات ، وهذا لا يجوز تجديد المنازعة^(١) .

= غير ثابت لعدم تقديم أية مخالصة ، فليس لهذا المدين بعد ذلك أن يدعى براءة ذمته بدعوى جديدة بناء على مخالصة يجدها بعد ذلك (نقض مدني ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٧ ص ١٦) — وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه لا يجوز لمن قضى عليه نهائياً بدين ، ثم دفعه بناء على هذا الحكم ، أن يطالب بعد ذلك برد ما دفعه ارتكناً على مخالصة سابقة لتاريخ الحكم نظرت أثناء الدعوى ولم تأخذ بها المحكمة ، لأن قوة الشيء المحكوم فيه تحول دون ذلك (١٤ فبراير سنة ١٩٢١ المحاماة ١ رقم ١١٣ ص ٥٢٧) . انظر أيضاً : بني سويف استئنافي ٢٦ يناير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٦٥ ص ١٠٢ — مصر الأهلية ٣١ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٣١ ص ٢٦٠ — نجع حمادي ١٤ يونيو سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ٤٠ رقم ٢ ص ٤١ — وقارن بني سويف استئنافي ٢٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٢٣ ص ٤٠ .

وانظر في هذه المسألة الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ٢ ص ٢١٤ — ص ٢٢١ .
(١) محكمة الجيزة ١١ مايو سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ٣١٢ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٥٠ — الموجز للمؤلف فقرة ٧١٣ ص ٧٤٥ — ص ٧٤٦ .
هذا وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى للمدعى بتثبيت حقه في القرار على الأرض المتنازع عليها ، وكان المدعى عليه مختصاً في هذه الدعوى بصفته متلقياً حق الملكية في هذه الأرض من شخص آخر باعها له ، ثم أنشأ المدعى عليه مباني على تلك الأرض ، فرفع المحكوم له بحق القرار عليها دعوى طلب فيها الحكم بإزالة هذه المباني ، فقضى له بذلك ، وكان المدعى عليه مختصاً في الدعوى الثانية بصفته مشترياً لحق الرقبة من وزارة الأوقاف ، فإن السبب القانوني في الدعويين واحد ، وهو حق القرار على الأرض . أما اختصاص المدعى عليه في الدعوى الأولى بصفة واختصاصه في الدعوى الثانية بصفة أخرى فلا يعد سبباً في كل دعوى من الدعويين اللتين اختص فيهما باعتباره مدعى عليه ، وإنما هو تدليل لما يدعيه من حقوق على الأرض المتنازع عليها لا تأثير له في وحدة السبب في الدعويين ، وغاية ما في الأمر أنه كان في الدعوى الأولى يستند إلى تلقى حقه من شخص وفي الدعوى الثانية إلى تلقيه من شخص آخر (نقض مدني ٧ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٤ ص ١١٠١) .

وقضت أيضاً بأنه إذا كان موضوع الدعوى هو طلب الشفعة في جميع الأطنان المبيعة ، وكان من أسبابها الشيوع الكلي في عموم الأطنان الموروثة التي منها الأطنان المبيعة أو الشيوع الجزئي في تلك الأطنان ذاتها ، واستبعدت المحكمة هذين السببين من الدعوى لحصول القسمة بين الورثة ، وصار هذا الحكم نهائياً ، ثم تمسك الشفيع — عند النظر في سبب الجوار — باستحقاقه للشفعة =

٣٧٨ - ومدة السبب مع نفرد الرعاوى : وقد ينشأ عن السبب الواحد دعويان لصاحب الشأن الحق في اختيار إحداهما ، فاذا اختار واحدة ورفض طلبه فيها كان للحكم بالرفض حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى الدعوى

= في جزء من الأرض المبيعة ، قولا منه بأن هذا الجزء استصلحه المورث من قطعة هو شريك فيها على الشيوع لم تتناولها القسمة وأدخل في قطعة أخرى هي القطعة المبيعة فصار منها مع بقائه شائعا ، فهذا منه تجديد للنزاع الذي سبق الفصل فيه ، وهو غير جائز له ، إذ ليس هذا القول سببا جديدا للشفعة ، وإنما هو دليل جديد على الشيوع الذي سبق القضاء بنفيه (نقض مدني ١٣ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٥ ص ٣٥١) .

وقضت أيضاً بأنه إذا كان المدعى عليه قد طلب أصلياً رفض طلب الريع الذي طالبت به اخته ، واحتياطياً إحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت أن المدعية استولت منه على هذا الريع إذ كانت تقيم معه وهي مريضة وصرف عليها طوال مدة مرضها مبالغ تزيد على مالها ، فقضت المحكمة بإلزامه بقيمة الريع استناداً إلى أنه كان ينكر على المدعية وراثتها لوالده ، مما يدل على أنه لم يعطها شيئاً من الريع ، فعاد فرغ الدعوى على الأخت يطالبها فيها بمصروفات العلاج المشار إليها ، فقضت المحكمة بعدم جواز نظر هذه الدعوى لسبق الفصل فيها ، فإنها لا تكون قد أخطأت ، لأن الموضوع في الدعويين بينه وبين أخته واحد وهو التخلص من الريع ، لا يغير من وحدته كون التخلص حصل بالوفاء به نقداً أو بالصرف في العلاج (نقض مدني ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٣ ص ٤٢٩ - والحكم محل للنظر ، فقد تمسك المدعى عليه في الدعوى الأولى ، كطلب احتياطي ، بالمقاصة بين الريع ومصروفات العلاج . ويبدو أن المحكمة لم تبحث هذا الطلب الاحتياطي ، واقتصرت على استخلاص قرينة على عدم الوفاء بالريع من انكار المدعى عليه لوراثته أخته . فلا شيء يمنع في هذه الحالة ، وبعد الحكم بالريع ، من تجديد النزاع في شأن مصروفات العلاج التي لم يفصل فيها الحكم الأول . ولعل المحكمة قد تأثرت بإنكار المدعى عليه لوراثته أخته ، وهو إنكار ينطوي على تعنت في الدفاع) .

وفي تعدد الدليل ، قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تغيير جهة الوراثة هو تغيير في الدليل لا في السبب (استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٤٥) .

وفي وحدة السبب وتعددته قضت هذه المحكمة بأنه إذا صدر حكم بصحة عقد ، فلا يجوز بعد ذلك الطعن في دعوى جديدة بصورية هذا العقد وإبراز ورقة الضد (١٠ يونيو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٧) . ولكن إذا رفعت دعوى بصحة عقد ، ودفع فيها بنقص الاهلية للقصر ، فالحكم في هذا الدفع لا يكون حجة في دعوى أخرى بصحة عقد آخر (استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٨٩٢ م ٦ ص ١٢٦) . وقضت محكمة إسنا بأن للمستأجر الذي حكم عليه نهائياً بدفع الاجرة ، فدفعها إذعائاً للحكم ، أن يطالب المؤجر برد ما تسلمه إذا نزع العقار من يد المستأجر بعد ذلك بناء على حكم صدر لمصلحة شخص ثالث في دعوى أخرى رفعت بعد الدعوى الأولى وكان المؤجر طرفاً فيها ، وليس لهذا الأخير أن يدفع مطالبة المستأجر بالرد بحجة الأمر المقضى (٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٨٠) .

الأخرى ، فتكون هذه غير مقبولة إذا رفعت (١) .

مثل ذلك الاستغلال . فقد قضت المادة ١٢٩ من التقنين المدني بأن المتعاقد المغبون الذى استغله المتعاقد للقاضى له أن يطلب إبطال العقد أو إنقاص التزاماته . فاذا اختار إبطال العقد ، وحكم برفض دعواه ، فإن هذا الحكم يحوز حجية الأمر المقضى فى دعوى جديدة يرفعها المتعاقد ويطلب فيها إنقاص التزاماته . ذلك بأن الحكم بالرفض قد استنفذ السبب المشترك للدعويين معاً ، وهو الاستغلال (٢) . والعكس صحيح ، فاذا رفضت دعوى إنقاص التزاماته ، لم يجز سماع دعوى الإبطال .

ومثل ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٤٣٨ من التقنين المدني من أنه « إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن » . فهنا أيضاً إذا خسر المشتري دعواه فى إنقاص الثمن ، كان الحكم حجة تمنع من قبول دعوى الفسخ . أما إذا خسر دعوى الفسخ لعدم وصول النقص فى المبيع إلى الحد المطلوب من المسألة ، فإن هذا لا يمنع من رفع دعوى إنقاص الثمن (٣) .

كذلك إذا خسر مدعى الاستحقاق دعواه فى استحقاق نصيب شائع ، كان الحكم حجة تمنعه من أن يرفع دعوى القسمة فى نفس العين الشائعة ، إذ أن سبب الاستحقاق هو نفس سبب القسمة — وهو ملكية النصيب الشائع — فاذا استنفذ هذا السبب فى دعوى الاستحقاق ، فقد استنفذه أيضاً فى دعوى القسمة (٤) .

(١) أنظر من الامثلة على ذلك : نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٦ ص ٥٦٥ ، وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ١٠١ .

(٣) أنظر أيضاً المادتين ٤٢٣ و ٤٣٤ من التقنين المدني (حق المشتري فى طلب إنقاص الثمن وفسخ العقد إذا وجد عجز فى المبيع) .

(٤) أنظر فى أمثلة أخرى أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٤٦ — ص ٤٤٧ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بقيام حجية الأمر المقضى ، حتى لو رفعت الدعوى الأولى فى صورة =

وبلاحظ في الأمثلة المتقدمة أن المحل في الدعويين مختلف . ففي الاستغلال ، محل الدعوى الأولى هو إبطال العقد ، بينما المحل في الدعوى الأخرى هو إنقاص الثمن . وفي التلف الجزئي للمبيع ، محل الدعوى الأولى هو فسخ العقد ، ومحل الدعوى الأخرى هو إنقاص الثمن . وفي ملكية النصيب الشائع ، محل الدعوى الأولى هو استحقاق هذا النصيب ، ومحل الدعوى الأخرى هو قسمة العين الشائعة . ومع أن المحل مختلف ، فإن الحكم في الدعوى الأولى حجة في الدعوى الأخرى كما رأينا . ويمكن تعليل ذلك بأن الحكم الذي رفض الدعوى الأولى تضمن رفض الدعوى الأخرى ، إذ استنفد السبب المشترك للدعويين كما سبق القول ، فيكون للحكم حجبة ، لا باعتباره قد فصل صراحة في الدعوى الأولى ، بل باعتباره قد فصل ضمناً في الدعوى الأخرى .

* * *

٣٧٩ - فائز - فكرتان رئيسيتان في حجة الأمر المقضي : وبعد

فان هناك فكرتين رئيسيتين تنتظمان كل ما قدمناه من شروط في حجة الأمر المقضي (١) .

الفكرة الأولى هي ضرورة حسم النزاع ووضع حد تنتهي عنده الخصومات . فما دام قد صدر في النزاع حكم قضائي قطعي ، فانه يجوز حجة الأمر المقضي في منطوقه لا في أسبابه ، وذلك حتى نقف بالتقاضى عند حد معقول ، فلا يتكرر النزاع مرة بعد أخرى دون أن يحسم . وهذه الفكرة الرئيسية الأولى هي التي تنتظم الشروط الواجب توافرها في الحكم .

والفكرة الثانية هي الحيلولة دون التناقض في الأحكام مع مراعاة النسبية في الحقيقة القضائية . فما دام الحكم قد صدر ما بين نفس الخصوم ، وفي ذات

= معارضة في تنبيه نزع الملكية مبنية على ملكية المعارض للأعيان المتنازع فيها ، ورفعت الدعوى الثانية في صورة دعوى استحقاق لهذه الأعيان (٢٣ فبراير سنة ١٩١١ م ١٣ ص ١٩٨) .

(١) الموجز للمؤلف ص ٧١٤ .

المحل ، ولعين السبب ، فالتقاضى مرة أخرى يؤدي إلى حكم ، إن اتفق مع الحكم الأول فلا حاجة لنا به ، وإن خالفه وقعنا فيما نخشاه من التناقض . وهذه الفكرة الرئيسية الثانية هي التي تنتظم الشروط الواجب توافرها في الحق المدعى به .

القسم الثاني

أثار الالتزام

تمهيد *

(١)

تنفيذ الالتزام

٣٨٠ — أثر الالتزام وأثر العقد : أثر العقد هو إنشاء الالتزام ، إذ العقد مصدر من مصادر الالتزام .

أما أثر الالتزام فهو وجوب تنفيذه . وقد خلط التقنين المدني طالفرنسي خلطاً ظاهراً بين أثر العقد وأثر الالتزام ، فعالج الأثرين معاً مختلطين في باب واحد ، وكان ينبغي التمييز بينهما تمييزاً دقيقاً (١) . أما التقنين المدني المصري السابق فقد فصل ما بين الأثرين ، وتجنب الخلط الذي وقع فيه التقنين المدني الفرنسي ، ولكنه كان مقتضياً كل الاقتضاب في بسط الأحكام المتعلقة بأثر

* مراجع : نذكر هنا المراجع العامة التي يعتمد عليها في هذا القسم ، تاركين المراجع الخاصة بكل موضوع نذكرها عند الكلام في هذا الموضوع . وقد بينا أمام كل مرجع الطبعة التي رجعنا إليها ، فعند الإشارة إلى المرجع تنصرف الإشارة إلى هذه الطبعة .
الفقه الفرنسي : أوبري ورو وبارتان جزء ٤ طبعة سادسة — بودري وبارد الجزآن الأول والثاني طبعة ثالثة — ديموج الجزآن السادس والسابع — بلانيول وريبير وردوان جزء سابع طبعة ثانية — بيدان ولاجارد الجزآن الثامن والتاسع طبعة ثانية — دي باج الجزآن الثاني والثالث طبعة ثانية (في شرح القانون البلجيكي) — بلانيول وريبير وبولانجيه الجزء الثاني طبعة ثالثة — كولان وكابيتان وجوليودي لامورانديير الجزء الثاني طبعة عشرة — جوسران الجزء الثاني طبعة ثانية — دالوز انسيكلوبيدي .

الفقه المصري : دي هلتس — هالتون — والتون — الأستاذ عبد السلام ذهني في نظرية الالتزامات — نظرية العقد للمؤلف — الموجز للمؤلف — الأستاذ حلمي بهجت بدوي في نظرية العقد — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام (سنة ١٩٤٥) — الأستاذ عبد الحى حجازي في النظرية العامة للالتزام الجزء الثالث — الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام .
(١) بودري وبارد ١ فقرة ٣٢٨ — فقرة ٣٢٩ — دي باج ٣ فقرة ٦٤ وفقرة ٦٦ .

الالتزام، فأغفل « طائفة من أمهات المسائل التي تعرضت لها التقنيات الحديثة »^(١). واستدرك هذا النقص التقنين المدنى المصرى الجديد ، فتناول آثار الالتزام فى باب رتب ترتيباً تتسلسل الأحكام فيه ، وتتعاقب النصوص على وجه قل أن تجد له نظيراً فى التقنيات الحديثة^(٢) .

وتنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذاً عينياً (exécution en nature) أو تنفيذاً بمقابل (exécution par équivalent) عن طريق التعويض (dommages-intérêts). كذلك قد يكون تنفيذ الالتزام تنفيذاً اختيارياً (exécution volontaire) أو تنفيذاً جبرياً (exécution obligatoire) .

٣٨١ — التنفيذ العينى والتنفيذ عن طريق التعويض : والأصل

فى تنفيذ الالتزام أن يكون تنفيذاً عينياً ، فيقوم المدين بأداء عين ما التزم به ، وذلك إذا توافرت شروط معينة سيأتى ذكرها . أما إذا اختل أحد هذه الشروط فإن التنفيذ يكون بمقابل ، فيقوم المدين بدفع تعويض للدائن يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب عدم تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً . وقد يكون التعويض هو ذاته تعويضاً عينياً (réparation en nature) . فإذا التزم جار بالآلا يقيم حائطاً فى أرضه يحجب النور عن جاره ، فإن التنفيذ العينى لهذا الالتزام هو ألا يقيم الجار الحائط ، والتعويض العينى هو هدم الحائط بعد أن يكون الجار قد

(١) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فتقول : « قتر التقنين الحالى (القديم) فى النصوص الخاصة بآثار الالتزام تقتيراً أغفل معه طائفة من أمهات المسائل التى تعرضت لها التقنيات الحديثة . وإذا كان قد أغفل الالتزامات الطبيعية وهى بعد مغموطة الحق فى أغلب التقنيات ، فثمة مسائل أخرى تتصل بآثار الالتزام يكاد يكون نصيبها من الإغفال كاملاً . وأهم هذه المسائل : التنفيذ العينى وما يقتضيه من تنظيم بالنسبة لأقسام الالتزام الثلاثة ، والتنفيذ بالغرامات التهديدية ، والتنفيذ بمقابل وبوجه خاص تبعة المدين والإعفاء منها ، وإجراءات التنفيذ وإجراءات التحفظ . ثم إن من المسائل ما بالغ هذا التقنين فى إجمال الأحكام الخاصة به مبالغة لا تخلو من الإخلال أحياناً ، كما هو الشأن فى الإعذار والشرط الجزائى والفوائد والدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٤) .

(٢) الوسيط جزء أول ص ٣٠ — ص ٣١ — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد استدرك المشروع أوجه النقص المتقدمة جميعاً ، وجهه فى علاج أهم وجه منها ، فعمد إلى تنظيم الأعمار دون أن يكون أمامه مثال كامل يطمئن إلى =

أقامه . ولكن التعويض العيني نادر في العمل ، وأكثر ما يكون التعويض مبلغ من النقود .

٣٨٢ - التنفيذ الاختياري والتنفيذ الجبري : وسواء كان التنفيذ عينياً أو كان عن طريق التعويض ، فإن المدين يدعى إلى تنفيذه اختياراً . والتنفيذ الاختياري هو الذي يقابل عنصر المديونية (Schuld) في الالتزام ، ويدعى عادة بالوفاء (paiement) ، وموضع الكلام فيه عند أسباب انقضاء الالتزام فهو أول هذه الأسباب وأهمها . وإذا امتنع المدين عن التنفيذ اختياراً - ولم يكن الالتزام التزاماً طبيعياً على النحو الذي سنبينه فيما يلي - أجبر على التنفيذ العيني أو التنفيذ بطريق التعويض على حسب الأحوال . والتنفيذ الجبري هو الذي يقابل عنصر المسؤولية (Haftung) في الالتزام .

ولا يصح الخلط بين التنفيذ الجبري والتنفيذ العيني واعتبارهما شيئاً واحداً ، ذلك أن التنفيذ الجبري كما قد يوجه إلى تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ، كذلك قد يوجه - بل إن هذا هو الذي يقع كثيراً - إلى تنفيذ الالتزام بطريق التعويض^(١) .

٣٨٣ - الضمان العام للدائنين : وجميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته ، وهذا ما يسمى بالضمان العام (gage commun) للدائنين . والدائنون متساوون قانوناً في هذا الضمان ، لا يتقدم أحد منهم على الآخرين ، إلا من خوله

= إحتذائه كلما دعت الحاجة لذلك . ويمكن أن يشار بوجه عام إلى ما تضمن هذا الباب من مسائل . فقد استهل بأحكام تهديدية أفردت في سياقها بعض نصوص للالتزامات الطبيعية ، ثم عرض بعد ذلك للالتزامات المدنية فعقد لها فصلاً ثلاثة : تناول في أولها التنفيذ العيني وما يتبعه من تنفيذ بالغرامات التهديدية . وخص الثاني بالنصوص المتعلقة بالتنفيذ بمقابل وما يتصل به من أحكام الأعذار ، وتقدير التعويض تقديراً قضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً . ووقف ثالثاً على ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل التنفيذ ووسائل الضمان . ويراعى أن وسائل التنفيذ أو الاستخلاص تنتظم دعاوى ثلاثاً تنفرع جميعاً على اعتبار الزمة ضماناً عاماً للدائنين : وهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية . أما وسائل الضمان فيمثلها حق الحبس ، وقد بسطت أحكامه بسطاً يسموه إلى مرتبة الأصول العامة . وأخيراً اختتمت نصوص هذا الفصل بالأحكام الخاصة بتنظيم الأعسار . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٤ - ص ٤٩٥) .

القانون ذلك بمقتضى حق خاص ؛ كرهن أو امتياز ، على مال معين للمدين ، وعندئذ لا يتقدم على سائر الدائنين إلا بالنسبة إلى هذا المال وحده .

والمساواة ما بين الدائنين في التنفيذ على أموال المدين إنما هي مساواة قانونية ، لا مساواة فعلية . فالقانون يجعل لكل دائن الحق في التنفيذ على أموال مدينه ، فإذا بادر أحدهم إلى التنفيذ على مال للمدين ، كان لسائر الدائنين الحق في مشاركته في هذا التنفيذ ومقاسمته ما ينتج منه مقاسمة الغرماء . ولكن إذا كانت هذه المشاركة جائزة قانوناً ، فقد تكون غير متيسرة فعلاً . ويرجع ذلك إلى أسباب كثيرة : فقد يكون الدائنون الآخرون غير عالمين بما يتخذ الدائن من إجراءات التنفيذ ، وإذا علموا فقد تكون إجراءات التنفيذ قد وصلت إلى مرحلة لا تسمح لهم بالمشاركة الفعلية ، وإذا كانت إجراءات التنفيذ لم تصل إلى هذه المرحلة فقد يعوزهم سند قابل للتنفيذ يستطيعون بمقتضاه المشاركة الفعلية ، إذ قد تكون حقوقهم غير خالية من النزاع ، أو هي خالية من النزاع ولكنها غير مستحقة الأداء ، أو هي مستحقة الأداء ولكنها غير مقترنة بسند رسمى أو حكم قابل للتنفيذ . تلك هي بعض وجوه انعدام المساواة بين الدائنين من الناحية الفعلية ، وإن كانوا جميعاً متساوين من الناحية القانونية كما قدمنا .

والدائن ، قبل أن يتخذ الإجراءات التنفيذية ، قد يتخذ إجراءات تحفظية يكون الغرض منها المحافظة على أموال المدين حتى يتمكن من التنفيذ عليها .

وبين الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية توجد مرحلة وسطى من الإجراءات ، هي فوق الأولى ودون الثانية ، يمهدها الدائن إلى التنفيذ ولا يقتصر على مجرد المحافظة على أموال المدين . هذه الإجراءات التمهيدية هي الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية وحبس مال المدين وشهر إعساره . وفي شهر إعسار المدين - كما سنرى - ضمان أقوى للمساواة ما بين الدائنين ، وإن كان ذلك لا يبلغ مبلغ شهر الإفلاس ، فلا تزال إجراءات التنفيذ بعد شهر الإعسار إجراءات فردية لاجتماعية .

٣٨٤ - الموضوعات التي يتناولها هذا القسم من الكتاب : هذه هي الموضوعات التي يتناولها هذا القسم من الكتاب في آثار الالتزام : التنفيذ العيني ،

ثم التنفيذ بطريق التعويض ، ثم القاعدة التي تقضى بأن أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته وما تتضمنه هذه القاعدة من الإجراءات التمهيدية وهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية والحق في الحبس والإعسار .

وقبل ذلك — وفي هذا التمهيد — نتكلم في الالتزام الطبيعي والالتزام المدني ، وهما يفترقان من حيث الجبر في التنفيذ ، فالالتزام الطبيعي لا جبر في تنفيذه ، وينفذ الالتزام المدني جبراً على المدين .

(٢)

الالتزام الطبيعي والالتزام المدني

٣٨٥ — النصوص القانونية : تنص المادة ١٩٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — ينفذ الالتزام جبراً على المدين » .

« ٢ — ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر في تنفيذه^(١) » .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق^(٢) ، ولكن حكمه كان مطبقاً من غير نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٠ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٢ ، وفي تقنين الموجبات والعقود

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٧٤ والفقرة الأولى من المادة ٢٧٥ من

المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « م ٢٧٤ — يجبر المدين على تنفيذ التزامه . م ٢٧٥ فقرة أولى — ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً ، فإن المدين لا ينفذه إلا باختياره » . وفي لجنة المراجعة أدمج النصان في نص واحد ، هو المادة ٢٠٥ من المشروع النهائى ، على الوجه الآتى : « ١ — ينفذ الالتزام جبراً على المدين . ٢ — ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر في تنفيذه » . ووافق مجلس النواب على النص كما هو ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ١٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٦ — ص ٤٩٧) .

(٢) انظر مع ذلك المادة ١٤٧/٢٠٨ من التقنين المدني السابق ، وسيأتى ذكرها .

(م ٤٦ الوسيط — ج ٢)

البناني المادة ٢ (١) . ولم يرد في التقنين المدني العراقي نص مقابل ، ولكن ذلك لا يفيد ضرورة أن القانون المدني العراقي لا يعترف بالالتزام الطبيعي ، ففي المبادئ العامة وفي مبادئ الفقه الإسلامي (٢) . ما قد يستعاض به عن النص للاعتراف بالالتزام الطبيعي في هذا القانون (٣) .

٣٨٦ - مظهر الالتزام الطبيعي وتمييزه عن الالتزام المبرني :

ويتبين من النص المتقدم أن التقنين المدني الجديد ، وهو في مستهل الكلام في آثار الالتزام ، عمد إلى إبراز التمييز ما بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني ، فالأول لا جبر في تنفيذه (٤) ، أما الثاني فيجبر المدين فيه على التنفيذ . وهذا التمييز يرجع إلى أثر الالتزام من حيث جواز إجبار المدين على تنفيذ التزامه ، ومن ثم استطاع التقنين الجديد أن يجد مكاناً صالحاً للالتزام الطبيعي يبين فيه حالاته ويبسط أحكامه .

ولم يذكر التقنين المدني السابق الالتزام الطبيعي إلا عرضاً ، وفي موطن ليس مظنة لوجوده فيه . فهو يشير إليه في مناسبة دفع غير المستحق ، ويقول في المادة ٢٠٨/١٤٧ : « إنما من أعطى باختياره شيئاً لآخر ، وفاء لدين يعتقد ملزوميته به ولو لم يوجبه القانون ، لا يكون له استرداده » . وقد قصد بالدين الذي

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٠ (مطابقة لنص المادة ١٩٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٠٢ (مطابقة لنص المادة ١٩٩ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود البناني م ٢ : الموجب المدني هو الذي يستطيع الدائن أن يوجب تنفيذه على المدين ، والموجب الطبيعي هو واجب قانوني لا يمكن تطلب تنفيذه ، على أن تنفيذه الاختياري يكون له من الشأن والمفاعيل ما يكون لتنفيذ الموجب المدني .

(٢) ومبادئ الفقه الإسلامي مصدر من مصادر القانون المدني العراقي (أنظر المادة الأولى من التقنين المدني العراقي) .

(٣) وقد بحث الدكتور حسن علي الذنون في كتابه «أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي» بغداد سنة ١٩٥٤ (ص ١١٧ - ص ١٢٤) موضوع الالتزام الطبيعي على النحو المعروف في كتب الفقه الغربي ، ولم يبين مبلغ جواز الأخذ في القانون المدني العراقي بالأحكام التي بسطها في ذلك ، بعد أن أغفل التقنين المدني العراقي الإشارة إلى الالتزام الطبيعي .

(٤) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧ .

لا يوجبه القانون ولكن المدين يعتقد ملزوميته به الالتزام الطبيعي ، وبين حكم الوفاء بهذا الالتزام .

وكذلك فعل التقنين المدني الفرنسي ، فقد ذكر الالتزام الطبيعي استطراداً في المادة ١٢٣٥ في صدد الكلام في الوفاء (paiement) على الوجه الآتي : «١- كل وفاء يفترض وجود دين ، وما دفع دون استحقاق يجوز استرداده . ٢ - على أنه لا يجوز الاسترداد في الالتزامات الطبيعية إذا كان الوفاء بها قد تم اختياراً» (١) .

وقل في التقنينات ، حتى الحديثة منها ، ما يعرض للالتزام الطبيعي في أكثر من نص أو نصين (٢) .

أما التقنين المدني الجديد فقد أولى الالتزام الطبيعي ، في مناسبة التمييز بينه وبين الالتزام المدني ، شيئاً من العناية ، فعرض في نصوص أربعة إلى بيان حالاته وبسط أحكامه (٣) . وبدأ ، كما قدمنا ، بالتمييز بين الالتزام الطبيعي

(١) وهذا هو الأصل في نصه الفرنسي :

Art. 1235 : Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition. La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées.

(٢) انظر التقنين المدني الألماني المادة ٨١٤ - وتقنين الالتزامات السويسري م ٧٢ فقرة ٢ - والتقنين الأرجنتيني م ٥١٦ - ٥١٨ - والتقنين الشيلي م ١٤٧٠ و ١٤٧٢ و ١٦٣٠ . وكذلك فصل تقنين الموجبات والعقود اللبني أحكام الالتزام الطبيعي في المواد من ٢ إلى ٨ .

(٣) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «اختص المشروع الالتزامات الطبيعية بمواد أربع . ويراعى أن هذه الالتزامات تمتاز عن غيرها ، بوجه خاص ، بما يكون لها من آثار . فسمه الالتزام الطبيعي هي اجتماع مكنة ترتيب الأثر القانوني وفكرة انتفاء الجزاء ، ولهذا كان الباب المعقود لآثار الالتزام خير موضع لأحكامها . ومهما يكن من أمر هذا الوضع ، فليس شك في أنه يفضل وضعها في التقنين الحالي (السابق) ، حيث أجملت كل الإجمال ، في معرض القواعد الخاصة بدفع غير المستحق : انظر المادة ٢٠٨/١٤٧ من التقنين المصري (السابق) . وإذا كان من غير الميسور بيان صور الالتزام الطبيعي على سبيل الحصر ، فليس ثمة بد من أن يترك أمرها لتقدير القضاء ، ليقرر في أى الأحوال وبأى الشروط يعتبر الواجب الأدبي واجباً يعترف به القانون . وليس يحسد من سلطان القضاء في هذا الشأن إلا وجوب مراعاة النظام العام والآداب ، فلا يجوز له إقرار الالتزام الطبيعي بأى حال متى كان مخالفاً لها : انظر المادة ٢٠٦ فقرة ٢ من المشروع . ويختلف عن ذلك شأن ما يترتب على الالتزام الطبيعي من آثار ، فن الميسور تحديدها تحديداً تقريبياً ، ولا سيما أنها جد قليلة . =

والالتزام المدنى ، فقابل فيما بينهما من ناحية الجبر على التنفيذ^(١) . ونحن نتابعه فى ذلك ، ونتناول بالكلام من هذه الناحية الالتزام الطبيعى ثم الالتزام المدنى .

§ ١ - الالتزام الطبيعى *

(Obligation naturelle)

٣٨٧ - الالتزام الطبيعى وسط فى المرتبة بين الالتزام المدنى

والواجب الأدنى : الالتزام الطبيعى واجب أدنى يدخل فى منطقة القانون ، فيعترف به القانون إلى مدى معين . وهذا المدى الذى يقف عنده القانون فى الاعتراف بالالتزام الطبيعى هو التنفيذ الاختيارى : لا يجبر المدين فى الالتزام الطبيعى على التنفيذ القهرى ، ولكن التنفيذ الاختيارى معتبر . فإذا قام المدين بتنفيذ التزامه طوعاً وهو على بينة من أمره ، أى إذا كان يعلم أن القانون لا يجبره على التنفيذ ولكنه مع ذلك يؤدى إلى الدائن ما يحس أن ضميره يلزمه بأدائه ، فإنه لا يستطيع أن يسترد ما دفعه تنفيذاً لهذا الالتزام الطبيعى ، إذ أن ما دفعه ليس هبة (libéralité) يجوز له الرجوع فيها ، بل هو وفاء (paiement) لالتزام

== ومن المأثور أن الالتزام الطبيعى فى القانون الحديث يفترق عن صنوه عند الرومان بأنه أكثر صوراً فى نطاق التطبيق ، وأقل إنتاجاً فى نطاق الآثار ، وهو بهذا يعوض فى ناحية ما يفوته فى الناحية الأخرى . وتنحصر هذه الآثار فى أمرين لا أكثر : أولهما أن أداء المدين اختياراً لما يجب عليه بمقتضى التزام طبيعى يكون له حكم الوفاء ولا يعتبر تبرعاً : المادة ٢٠٧ من المشروع . والثانى أن هذا الالتزام يصلح سبباً لالتزام مدنى . وفيما عدا هذين الأمرين لا يرتب الالتزام الطبيعى أى أثر آخر ، فلا يجوز على وجه الخصوص أن يقاوم فى التزام مدنى أو أن يكفل كفالة شخصية أو عينية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٥ - ص ٤٩٦) .

(٧) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٧) .

* مراجع : بنكاز ملحق بودرى جزء خامس - ديموج جزء أول - ريبير فى القاعدة الخلقية

فقرة ١٨٦ وما بعدها - بلانيول (مقال له فى المجلة الانتقادية سنة ١٩١٣) - بيرو (Perreau) (مقال له فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩١٣) - بارو (Barraud) رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ . أيونسكو (Ionesco) رسالة من باريس سنة ١٩١٢ - سيفير (Sieffert) رسالة من باريس سنة ١٩١٥ - پرو (Barreau) رسالة من كان سنة ١٩١٥ - سافاتييه (Savatier) رساله من پواتييه سنة ١٩١٦ - سندريه (Cendrier) رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ .

في ذمته . وهذا كله بخلاف الالتزام المدني ، فان هذا الالتزام لا يقتصر الأمر فيه على أن المدين إذا وفاه لا يستطيع أن يسترده ، بل أيضاً إذا هو لم يوفه أجبر على الوفاء .

وإذا رجعنا إلى ما قدمناه في الجزء الأول من هذا الكتاب^(١) من أن الالتزام المدني يشتمل على عنصرين ، عنصر المديونية (devoir, Schuld) ، وعنصر المسؤولية (engagement, Haftung) ، رأينا أن الالتزام الطبيعي لا يحتوي من هذين العنصرين إلا على العنصر الأول وحده ، وهو عنصر المديونية . فالمدين بالالتزام طبيعي مدين ، لا في حكم الضمير فحسب ، بل أيضاً في حكم القانون ، ومن هنا إذا وفي الدين لم يستطع استرداده ، فهذا هو عنصر المديونية قد توافر فيه . ولكن المدين لا يجبر على الوفاء إذا لم يرد ذلك عن بيته واختيار ، فهذا هو عنصر المسؤولية قد انفصل عنه .

ونرى من ذلك أن الالتزام الطبيعي هو واجب أدبي ارتفعت منزلته في نظر القانون حتى قارب أن يكون التزاماً مدنياً . فهو وسط ما بين المرتبتين : سما عن أن يكون مجرد التزام أدبي (devoir moral) ، ولم يبلغ أن يصير التزاماً مدنياً (obligation civile) . فهو التزام طبيعي (obligation naturelle) ، يعترف به القانون فيرتفع به عن الواجب الأدبي ، ولا يرتب عليه إلا بعض الآثار فينزل به دون الالتزام المدني .

ومن ثم يقف الالتزام الطبيعي في الحد الفاصل ما بين الأخلاق والقانون . والتسليم بوجوده اعتراف من القانون ببعض الواجبات التي تملئها الأخلاق والآداب . وإذا كان النظام العام باباً تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية فتؤثر في القانون وروابطه ، فهذا هو الالتزام الطبيعي باب آخر تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية إلى القانون . والقاضي هو الذي يحدد الالتزامات الطبيعية ، كما هو الذي يحدد النظام العام ، مسترشداً في ذلك بآداب الجيل من ناحية المجموع ، وبواجب الضمير من ناحية الفرد . فاذا وقف أمام واجب أدبي لم يبلغ أن يكون التزاماً مدنياً ، ولكنه قدر أنه التزام تحتمه أخلاق البيئة ويقضي به ضمير الفرد ، أقره التزاماً طبيعياً ، ورتب عليه أثره .

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٩ ص ١٠٨ هامش رقم ١ .

فلو أن فقيراً أنقذ ثرياً من الغرق ، التزم الثرى نحو الفقير : (أولاً) بما تجشمه الفقير من خسارة في إنقاذه وذلك بدعوى الفضالة ، وهذا هو التزام مدنى — (ثانياً) وبإجازة الفقير على إنقاذه ، وهذا هو التزام طبيعى — (ثالثاً) وبالإحسان إلى هذا الفقير من حيث هو فقير ، وذلك حتى لو لم يكن هو الذى أنقذه ، وهذا هو واجب أدبى^(١) .

ونتكلم الآن فى الحالات التى يقوم فيها الالتزام الطبيعى وفى الآثار التى ترتب عليه .

١ — الحالات التى يقوم فيها الالتزام الطبيعى

٣٨٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يقدر القاضى ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعى . وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام »^(٢) .
ولامقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن حكمه كان مطبقاً من غير نص .

وبقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٠١ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٠٣ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى

(١) انظر فى كل هذا الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٧ — وانظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ٢٧٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ويقرر القاضى ، عند عدم النص ، متى يعتبر الواجب الأدبى التزاماً طبيعياً . وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام » . وفى لجنة المراجعة جعلت هذه الفقرة مادة مستقلة مع تحويل فى اللفظ جعلها مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين الجديد ، وأصبح رقمها ٢٠٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٨ — ص ٤٩٩) .

المادة ٣ (١) . ولا مقابل للنص في التقنين المدني العراقي .

٣٨٩ — سلطة التقدير للقاضي — رقابة محكمة النقض : ويتبين

من هذا النص أن البت فيما إذا كان واجب أدبي قد ارتقى إلى منزلة الالتزام الطبيعي أمر متروك تقديره إلى القاضي ، هذا ما لم يوجد نص تشريعي يقضي في حالة معينة أن هناك التزاماً طبيعياً ، فيجب إعمال النص (٢) . مثل ذلك ما ورد في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ من أنه « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي » .

والقاضي ، وهو يحدد الالتزامات الطبيعية في الحالات التي تعرض له ، يبت في مسألة قانون يخضع فيها لرقابة محكمة النقض ، ومسألة واقع لا يخضع فيها لهذه الرقابة .

أما مسألة القانون فهي تحديد العناصر التي يتكون منها الالتزام الطبيعي ، وتكييف الوقائع الثابتة عنده تكييفاً قانونياً ، ومطابقة ما يجب توافره من العناصر على ما ثبت عنده من الوقائع كيفية التكييف القانوني الصحيح . وهو في تحديده لعناصر الالتزام الطبيعي أقرب إلى المشرع منه إلى القاضي ، إذ قد فوض له المشرع أن يقدر ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعي . ويستأنس في عمله بما استقر في القضاء والفقه ، مستمداً تقديره من روح التشريع والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، لا باعتبارها مصادر مباشرة يجب

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠١ (مطابقة لنص المادة ٢٠٠ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٠٣ : يقدر القاضي ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعي يقوم على أساس واجب أدبي أو اجتماعي . وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام . (ولا فرق في الحكم ما بين هذا النص ونص التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣ : للقاضي ، عند انتفاء النص ، أن يفصل فيما إذا كان الواجب المعنوي يتكون منه موجب طبيعي أو لا . ولا يمكن أن يكون الموجب الطبيعي مخالفاً لقاعدة من قواعد الحق العام (ولا فرق أيضاً في الحكم ما بين هذا النص ونص التقنين المصري) .

(٢) فالقاضي يأتي وراء المشرع في تحديد الالتزامات الطبيعية ، فإذا ما وقف المشرع قام القاضي بدروه (انظر جوسران ٢ فقرة ٧١٨) .

الرجوع إليها عند انعدام النص ، بل باعتبارها المصادر الطبيعية التي يسترشد بها القاضى مع وجود النص الذى يكل إليه أمر التقدير . ومن ثم فلا يرتبط فى شأنها بترتيب خاص كما كان يرتبط لو أن هذه كانت هى المصادر المباشرة التى يستخلص منها الحلول القانونية وفقاً للمادة الأولى من التقنين المدنى .

أما مسألة الواقع التى يبت فيها القاضى دون تعقيب عليه من محكمة النقض فهى تحصيل الوقائع الثابتة مما يقدم له من الأوراق والمستندات وغير ذلك من الأدلة^(١).

وننظر الآن كيف يستطيع القاضى أن يحدد العناصر التى يتكون منها الالتزام الطبيعى ، مهيدين لبيان ذلك بالصعود إلى الأصل التاريخى لهذا النوع من الالتزام ، ومستعرضين النظريتين التقليدية والحديثة فى هذا الشأن ، ثم معقبين بذكر بعض الحالات المعروفة للالتزام الطبيعى بعد أن نكون قد حددنا العناصر التى يتكون منها.

٣٩٠ -- الأصل التاريخى للالتزام الطبيعى : يصعد الالتزام الطبيعى

فى أصله إلى القانون الرومانى . وكان الرومان يعترفون بعدد كبير من الالتزامات الطبيعية ، ويجعلون للالتزام الطبيعى آثاراً بعيدة المدى . أما القانون الحديث فهو يعترف أيضاً بعدد كبير من الالتزامات الطبيعية^(٢) ، ولكن يرتب على الالتزام الطبيعى آثاراً أقل مما كان يرتبه القانون الرومانى^(٣).

والالتزام الطبيعى فى القانون الرومانى كان نتيجة مباشرة لما يحتويه هذا القانون من أوضاع ورسوم وأشكال ومن نظم خاصة كنظام الرق ونظام السلطة الأبوية . فكان هناك التزام طبيعى حيث يمتثل الشكل المطلوب ، وحيث توجد علاقة تبعية بين الدائن والمدين بأن يكون هذا ابناً لذلك أو عبداً له ، وحيث يكون المدين ناقص

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٨٤ — قارن دى پاچ ٣ فقرة ٦٢ ص ٧٣ .

(٢) وليس هذا العدد بأقل مما كان فى القانون الرومانى ، بل لعله أكبر . ذلك أنه إذا كان كثير من الالتزامات التى كان القانون الرومانى يعتبرها التزامات طبيعية ، عن طريق اختلال الشكل أو عن طريق النظم الرومانية الخاصة كنظام الرق ونظام السلطة الأبوية ، قد أصبحت الآن التزامات مدنية ، فقد نبئت من جهة أخرى التزامات طبيعية كثيرة استجدت فى القانون الحديث عن طريق تسرب العوامل الخلقية والأدبية والاجتماعية إلى منطقة القانون .

(٣) كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٦٠ .

الأهلية . ففي هذه الحالات وغيرها تأبى الأوضاع الرومانية أن يقوم التزام مدنى ، فيقوم بدلا منه التزم طبيعى تترتب عليه بعض آثار الالتزام المدنى ، وهى آثار أبعد مدى مما يقره القانون الحديث . فكانت فكرة الالتزام الطبيعى من بين الوسائل التى تخفف بها القانون الرومانى من الشكليات المغرقة التى كانت تحيط به ، ومن الأبواب التى انفتحت لإدخال بعض عناصر المرونة فيما جمده من قواعد هذا القانون .

وفى القانون الفرنسى القديم توسع القانون الكنسى توسعاً كبيراً فى الالتزامات الطبيعية ، فجعلها تمتد إلى كل التزم يوجب الضمير ، وكادت منطقة الالتزام الطبيعى تكون هى عين منطقة الواجب الأدبى . ولكن دوما (Domat) تلقى فكرة الالتزام الطبيعى عن القانون الرومانى ، فجعله محصوراً فى التزم المدين ناقص الأهلية بعد أن زالت الأشكال والأوضاع الرومانية . أما بوتيه (Pothier) فعلى النقيض من دوما نقل فكرة القانون الكنسى ، وعارض بها فكرة القانون الرومانى^(١) . فعنده أن الالتزام الطبيعى هو ما يلتزم به الإنسان أمام الضمير (qui oblige dans le for de la conscience) ، أما الالتزام المدنى فهو ما يلتزم به أمام العالم الخارجى (qui oblige dans le for extérieur) . على أن بوتيه كان يميز تمييزاً واضحاً بين الالتزام الطبيعى والواجب الأدبى^(٢) .

٣٩١ - النظرية التقليدية فى الالتزام الطبيعى - الالتزام

المدنى المحلل : قامت النظرية التقليدية فى الالتزام الطبيعى فى القانون الحديث على الفكرة الرومانية الضيقة ، لا على فكرة القانون الكنسى الواسعة . فالالتزام الطبيعى يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالالتزام المدنى ، ويبتعد كثيراً عن الواجب الأدبى . فهو فى الأصل التزم مدنى عاقه مانع قانونى عن أن يترتب آثاره . وهذا المانع قد يوجد منذ البداية عند نشأة الالتزام ، كأن يكون العقد قابلاً للإبطال لنقص الأهلية . وقد يكون المانع جد بعد نشأة الالتزام وبعد أن تولدت آثاره ، كما

(١) بوتيه فى الالتزامات فقرة ١٩١ .

(٢) بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٥٤ ص ٧٤٣ .

يقع ذلك في التقادم أو في الصلح مع المفلس (concordat) ، فينقضي الالتزام المدني ويتخلف عنه التزام طبيعي .

وهذه النظرية التقليدية ، كما نرى ، تجعل الالتزام الطبيعي نوعاً من الالتزام المدني ، فهو التزام مدني متحلل (obligation civile dégénérée) ، عاقبة مانع قانوني عن أن يولد آثاره كاملة .

والذي وجه النظرية التقليدية هذا التوجيه عاملان : (١) تقاليد القانون الروماني التي سبق ذكرها ، وقد نقلت عن دوما كما أسلفنا القول . (٢) الرغبة في فصل منطقة القانون عن منطقة الآداب والأخلاق ، فلا يكون الالتزام الطبيعي واجباً أدبياً اعترف به القانون ولو إلى مدى محدود ، ولا يكون جسراً يصل ما بين منطقتي القانون والآداب ، بل يكون التزاماً مدنياً منذ الأصل لم يبرح منطقة الالتزامات المدنية ، فتبقى هذه المنطقة منفصلة انفصالاً تاماً عن منطقة الآداب والأخلاق . وظن أنصار النظرية التقليدية أن هذا الوضع من شأنه أن يضبط حالات الالتزام الطبيعي ضبطاً دقيقاً ، فلا يكون هناك مجال للتحكم ، ما دام الالتزام الطبيعي لا يعدو أن يكون التزاماً مدنياً أصابه هذا التحلل بسبب مانع قانوني .

وعيب هذه النظرية التقليدية واضح . فهي تحاول محاولة فاشلة أن تفصل ما بين منطقتي القانون والآداب فصلاً تاماً ، فتغفل في سبيل هذا الفصل المميز الأول للالتزام الطبيعي . ذلك أن الالتزام الطبيعي ليس إلا مظهراً لاعتراف القانون بالواجبات الأدبية ، فيرقى بها في بعض الحالات إلى حد أن يرتب عليها أثراً قانونياً ، فيدخلها بذلك في حظيرة القانون . فالالتزام الطبيعي إذن هو واجب أدبي اعترف به القانون ، قبل أن يكون التزاماً مدنياً متحلاً . بل قد لا يكون بتاتاً التزاماً مدنياً متحلاً ، وينشأ منذ البداية واجباً أدبياً يعترف به القانون ويدخله في منطقتة . وهذا ما تكفلت ببيانه النظرية الحديثة ، فننتقل الآن إليها .

٣٩٢ — النظرية الحديثة في الالتزام الطبيعي — الواجب الأدبي :

تركت النظرية الحديثة النظرة الرومانية الضيقة للالتزام الطبيعي باعتباره التزاماً

مدنياً متحلاً ، إلى النظرة الواسعة التي اعتنقها القانون الكنسي وقال بها بوتييه . فاعتبرت الالتزام الطبيعي واجباً أدبياً (devoir moral) ارتقى به القانون ، فاعترف له ببعض الآثار ، سواء كان واجباً أدبياً منذ بدايته ، و نشأ التزاماً مدنياً ثم عاقه مانع قانوني عن أن يولد جميع آثاره .

فلا تلازم إذن بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني كما تزعم النظرية التقليدية . بل إن الالتزام الطبيعي هو الذي يصل ما بين منطقتي القانون والآداب ، إذ هو النقطة المشتركة في المنطقتين ، فهو في منطقة الآداب من حيث هو واجب أدبي ، وهو في منطقة القانون من حيث أنه يولد بعض الآثار القانونية . وما دام في مرتبة وسطى بين الالتزام المدني والواجب الأدبي ، فهو إما أن يكون التزاماً مدنياً نزل عن مرتبته بزوال عنصر المسؤولية مع بقاء عنصر المديونية ، وإما أن يكون واجباً أدبياً ارتفع عن مرتبته بقيام عنصر المديونية فيه دون عنصر المسؤولية . وفي الحالتين يكون الالتزام الطبيعي مشتملاً على عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية .

ويخلص من ذلك أن النظرية الحديثة تنظر إلى الالتزام الطبيعي باعتبار أنه واجب أدبي تفرضه الأخلاق أولاً ، ثم يتدخل فيه القانون بقدر محدود ، فيعترف به مديونية لا مسؤولية ، ويسلم فيه بالتنفيذ الاختياري دون التنفيذ الجبري . وهذا الاعتبار يصدق سواء كان الالتزام الطبيعي واجباً أدبياً منذ البداية ، أو نشأ التزاماً مدنياً ولم تترتب آثاره لمانع قانوني فاستحال واجباً أدبياً يرتب عليه القانون بعض الآثار (١) .

(١) وإلى هذه النظرية الحديثة يشير الحكم الآتي من محكمة الاستئناف المختلطة : قصدت المادة ٢٠٨ ، بأحلالها لفظ «الواجب» محل عبارة «الالتزام الطبيعي» الواردة في المادة ١٢٣٥ من التقنين المدني الفرنسي ، أن تتوسع في فكرة الالتزام الطبيعي ، فتجعلها أكثر اتساقاً مع حالة من الحضارة التزمت مستوى عالياً في فهم قوانين الشرف (honneur) ودقة السلوك (délicatesse) . فيوجد الالتزام الطبيعي في جميع الأحوال التي يلتزم فيها شخص نحو آخر ، مدفوعاً في ذلك ، لا فحسب بوازع من الضمير (conscience) أو بوازع من الشرف (honneur) ، بل أيضاً بوازع من دقة السلوك (délicatesse) (استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « تعرض الفقرة الثانية من هذه المادة لصور الالتزام الطبيعي ، فتكل أمر الفصل فيها إلى تقدير القاضي ، لتعذر =

٣٩٣ - عناصر الالتزام الطبيعي : ويمكن القول ، استخلاصاً من النظرية الحديثة على النحو الذى قدمناه ، ومن الرجوع إلى نص التقنين المدنى الذى سبق إirاده ، إن للالتزام الطبيعى عناصر ثلاثة :

(العنصر الأول) واجب أدبى يتميز فى نطاق محدد بحيث يكون قابلاً للتنفيذ .

= الإحاطة بها على سبيل الحصر . والحق أن أحكام القضاء حافلة بضروب من الواجبات الأدبية أنزلت منزلة الالتزامات الطبيعية . على أن الفقه يقيم تطبيقات الالتزام الطبيعى تقسيماً سهلاً المأخذ ، فيردها إلى طائفتين : تنتظم أولاهما ما يكون أثراً تخلف عن التزام مدنى تناسخ حكمه ، كما هو شأن الديون التى تسقط بالتقادم أو تنقضى بتصالح المفلس مع دائنيه أو يقضى ببطلانهم لعدم توافر الأهلية . ويدخل فى الثانية ما ينشأ واجباً أدبياً من الأصل ، كالتبرعات التى لا تستوفى فيها شروط الشكل (الصحيح أن تنفيذ هذه التبرعات إنما هو إجازة لها وليس تنفيذاً للالتزام طبيعى كما سنرى) ، والالتزام الشخصى بالإئفاق على ذوى القربى من لا تلزمه نفقتهم قانوناً ، والالتزام بإجازة شخص على خدمة أداها « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٨ — ص ٤٩٩) .

هذا ويذهب دى پاچ إلى أن الالتزام الطبيعى لا وجود له . فهو قبل تنفيذه أو الاعتراف به سبباً للالتزام مدنى ، لا يمكن أن يكون له أثر قانونى ، فليس له وجود . وهو بعد تنفيذه أو الاعتراف به سبباً للالتزام مدنى ، يكون قد حل محله التزام مدنى ، فلم يعد له وجود . فلا يوجد إذن التزام طبيعى بهذا الوصف فى أية مرحلة من المرحلتين (دى پاچ ٣ ص ٦٤ — ص ٦٦) . وهذا النظر يفقل أن من الواجبات الأدبية ما يمكن أن يصبح التزاماً مدنياً بتنفيذه أو بالاعتراف به سبباً للالتزام مدنى ، ومنها ما لا يصلح لذلك . فالأولى ، دون الثانية ، هى التى تسمى بالالتزامات الطبيعية . والواقع من الأمر أن الالتزام الطبيعى قبل تنفيذه أو الاعتراف به سبباً للالتزام مدنى له وجود قانونى محقق ، إذ هو فى هذه المرحلة الأولى التزام قابل للتنفيذ الاختيارى وقابل لأن يكون سبباً للالتزام مدنى ، وهذا كاف فى ثبوت وجوده القانونى .

ويذهب بودرى وبارد (جزء ٢ فقرة ١٦٦٨ وما بعدها) مذهباً ضيقاً فى الالتزام الطبيعى ، فيحصره فى حالات قليلة هى أقرب إلى النظرية التقليدية .

ويتحفظ بارتان (فى تعليقاته على أوبرى ورو) ويرى الوقوف موقفاً معتدلاً ما بين النظرية التقليدية التى تضيق فى حالات الالتزام الطبيعى تضيقاً شديداً والنظرية الحديثة التى توسع فى هذه الحالات توسيعاً مفرطاً ، وهو عين الموقف المعتدل الذى وقفه أوبرى ورو من هذه المسألة (أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٧ وهامش رقم ٢٦ مكرر) . على أنه يبدو أن أوبرى ورو وسعا فى حالات الالتزام الطبيعى دون أن يصرحاً بوجود التزام طبيعى قائم ، واكتفيا بالقول إن الاسترداد لا يجوز فى هذه الحالات ، وأن ما لا يسترد الوفاء به ليس من الضرورى أن يكون التزاماً مدنياً أو التزاماً طبيعياً (أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٨ — ص ٢١ وهامش رقم ٢٨) .

أما بلانيول (انظر مقاله فى المجلة الانتقادية سنة ١٩١٣ ص ١٥٧ وما بعدها) فيرى أن هناك تقارباً مستمراً ما بين الالتزام الطبيعى والواجب الأدبى ، فيتوسع فى نظريته إلى الالتزام =

فيخرج بذلك من دائرة الإبهام والغموض التي تغمر عادة منطقة الواجبات الأدبية إلى دائرة التحديد والوضوح التي تتميز منطقة الالتزامات المدنية . وهذا الواجب الأدبي إما أن يكون في أصله التزاماً مدنياً ثم انقلب التزاماً طبيعياً لسبب قانوني منع من أن يترتب عليه كل آثاره ، أو أن يكون منذ البداية واجباً أدبياً أصبح التزاماً طبيعياً لتوفره على العناصر الثلاثة لهذا الالتزام .

وهذا العنصر الأول هو العنصر المادي . وفيه يسترشد القاضي بآداب الجيل من ناحية القابلية للتنفيذ في العمل .

(العنصر الثاني) إحساس المدين أن في ذمته التزاماً طبيعياً . وليس من الضروري أن يكون هذا الإحساس قائماً فعلاً عند المدين بالذات ، بل يكفي أن يكون من الواجب أن يقوم ، وأن يدخل في الاعتبار المؤلف عند الناس أن مثل هذا الواجب مما ينبغي أمام الضمير أن يؤدي . ونرى من ذلك أن المعيار في العنصر الثاني موضوعي لا ذاتي ، والعبرة فيه ليست بما يحس المدين فعلاً ، بل بما ينبغي أن يحس ، بوعي الجماعة أو وعي الفرد المجرد ، لا بوعي المدين بالذات . وفي هذا ضبط للالتزام الطبيعي يستقر عنده التعامل .

وهذا العنصر الثاني هو العنصر المعنوي وفيه يسترشد القاضي بواجب الضمير من ناحية وعي الجماعة .

(العنصر الثالث) عدم التعارض مع النظام العام . وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٢٠٠ من التقنين المدني في هذا الصدد أنه « في كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام » . ونأتي بأمثلة على ذلك :

(١) إذا اتفق المتعاقدان على سعر للفوائد يزيد على ٧٪ ، ودفع المدين للدائن هذه الفوائد وهو يحس أنه يقوم بتعهده ، فإن مادفعه من الفوائد زائداً على ٧٪ لا يجوز مع ذلك أن يكون التزاماً طبيعياً ، إذ هو يتعارض مع النظام العام ،

= الطبيعي ، وهو من مؤسسي النظرية الحديثة . كذلك يعد كولان وكابيتان (جزء ٢ فقرة ٤٦٧) وريبير (القاعدة الأدبية في الالتزامات المدنية فقرة ١٨٦ وما بعدها) وبلانيول وريبير وبولانجي (جزء ٢ فقرة ١٣٣٤) وچوسران (جزء ٢ فقرة ٧١٧) من أقوى أنصار النظرية الحديثة . ويلاحظ أن قواعد الآداب والأخلاق تنسرب إلى القانون من جملة أبواب : أحدها فكرة النظام العام والآداب ، والثاني فكرة التعسف في استعمال الحق ، والثالث فكرة الالتزام الطبيعي .

ويكون للمدين الحق في استرداد ما دفع من ذلك . و هذا ما قضت به الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ من التقنين المدني إذ تقول في العبارة الأخيرة منها : « فاذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى ٧/١٠٠ ، ويتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر^(١) » .

(٢) إذا خسر المدين في مقامرة أو رهان ، ووفى ما خسره محسباً أنه إنما يوفى ديناً واجباً في ذمته ، فإن هذه الخسارة لا يجوز أن تكون التزاماً طبيعياً ، إذ أن دين القمار أو الرهان يتعارض مع النظام العام ، وإذا وفاه المدين جاز له استرداده . وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة ٧٣٩ من التقنين المدني إذ تقول : « ولمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره ، ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك . وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق^(٢) » .

(١) وهذا هو أيضاً حكم القانون الفرنسي (أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٦ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٥ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٦٤ ص ٣٣٩) . أما إذا دفع المدين فوائد لا تزيد على السعر الذي يفرضه القانون ، ولكن دون سابق اتفاق على دفع هذه الفوائد ، فإن المادة ١٩٠٦ من التقنين المدني الفرنسي تنص صراحة على أن المدين لا يستطيع أن يسترد مادفعه من الفوائد ، فيكون دفع الفوائد في هذه الحالة وفاء لالتزام طبيعي . انظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٦٠ .

(٢) أما التقنين المدني الفرنسي (م ١٩٦٧) فيقضي ، على النقيض من ذلك ، بأن من خسر في القمار ، ودفع ما خسره عن طوعية واختيار ، لا يستطيع أن يسترد مادفعه . ويقول الفقهاء الفرنسيون إن هذا النص لا يجعل من دين القمار التزاماً طبيعياً ، فإن هذا الدين لا يصلح سبباً لالتزام مدني . وإذا كان لا يجوز استرداده بعد دفعه ، فذلك لأن القانون أراد — إشعاراً بمقته للقمار وإمعاناً في كراهيته — أن يتجاهله بتاتاً ، فلا يسمح بدفعه ، ولا يسمح باسترداده إذا دفع ، تطبيقاً للقاعدة المعروفة : لا يجوز لأحد أن يحتج بفش صدر من جانبه *Nemo auditur turpitudinem suam allegans* (بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٣٣٥ — جوسران ٢ فقرة ٧١٤ ص ٣٨٩) . ويعقب بعض الفقهاء على هذا التعليل الغريب بأن المشرع زاد دين القمار قوة من حيث أراد أن يزيده ضعفاً ، فانعكس عليه الغرض (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٦) . قارن مع ذلك أوبري ورو ويعتبران دين القمار مشروعاً في ذاته ، ولكن رفض المشرع أن يجعل تنفيذه جبراً عن طريق الدعوى لأسباب اجتماعية (جزء رابع فقرة ٢٩٧ ص ١٠ — ص ١١) ، ويذهبان إلى أن عدم إمكان تحويل دين القمار إلى دين مدني إنما هو استثناء من قاعدة إمكان تحويل الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني (ص ١٤) . انظر أيضاً في أن دين القمار التزام طبيعي : كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٦٤ ص ٣٣٨ — ص ٣٣٩ =

(٣) إذا عقد شخص مع آخر اتفاقاً مخالفاً للنظام العام أو للآداب ، كما لو اتفاقاً على رشوة ، ودفعها المدين للدائن وهو يحس أنه يقوم بتعهده ، فان هذا لا يكون التزاماً طبيعياً لتعارضه مع النظام العام . وفي رأينا أنه يجوز للراشي أن يسترد الرشوة من المرشو . وقد سبق أن فصلنا هذه المسألة في الجزء الأول من هذا الكتاب (١) .

وهذا العنصر الثالث هو عنصر المشروعية . وفيه يسترشد القاضي بالأحكام القانونية المتعلقة بالنظام العام (٢) .

٣٩٤ - بعض حالات الالتزام الطبيعي : بعد أن استعرضنا النظريتين التقليدية والحديثة في الالتزام ، وحددنا عناصر هذا الالتزام ، نورد تطبيقاً لما قدمناه جملة من الحالات الكثيرة الوقوع التي يقوم فيها الالتزام الطبيعي .

= وفي مصر — قبل التقنين المدني الجديد الذي اشتمل على نص صريح في جواز استرداد دين القمار على مارأينا — كان العمل جارياً في الغالب على حكم القانون الفرنسي الذي قدمناه ، فكان دين القمار لا يسترد باعتبار أنه من ديون الشرف (dettes d'honneur) (استثناء مختلط ٦ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٧٩ — أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٠ — الموسكى ٢٦ فبراير سنة ١٩٣١ مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ١٢٥ ص ١٤) . وقد قضت محكمة المنشية بجواز الاسترداد لعدم المشروعية (١٤ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٧٩٣) . انظر أيضاً : والتون ١ ص ٢٨ - ص ٣٢ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٠ ص ٤٦٦ - ص ٤٦٧ .

وفي لبنان «بعد دين المقامرة أو المراهنة التزاماً طبيعياً ، لأنه وإن كان لا يخول الرابع حق المدعاة بشأنه ، لكنه لا يجوز للخاسر استرداد ماله اختياريًا» (الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٧٥) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٣٣٨ .

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، في خصوص العناصر الثلاثة للالتزام الطبيعي ، ما يأتي : «ويتعين على القاضي عند الفصل في أمر الالتزامات الطبيعية أن يتحقق أولاً من قيام واجب أدبي ، وأن يتثبت بعد ذلك من أن هذا الواجب يرقى في وعي الفرد أو في وعي الجماعة إلى مرتبة الالتزام الطبيعي ، وأن يستوثق في النهاية من أن إقراره على هذا الوجه لا يتعارض مع النظام العام . هذا وقد تشير بعض النصوص إلى تطبيقات من تطبيقات الالتزام الطبيعي ، ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٢٣ من المشروع إذ قضت بأن الدين الذي ينقضى بالتقادم يتخلف عنه التزام طبيعي» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٩) .

ونقسم هذه الحالات إلى طائفتين : (١) التزامات بدأت مدنية ثم انقلبت طبيعية ، وهي وحدها الالتزامات الطبيعية التي تقرها النظرية التقليدية . (٢) التزامات بدأت أدبية ثم أصبحت طبيعية ، وهذه الطائفة تضيفها النظرية الحديثة إلى الطائفة الأولى التي تقرها النظرية التقليدية .

٣٩٥ - التزامات بدأت مدنية ثم انقلبت طبيعية : هذه التزامات نشأت في الأصل التزامات مدنية ، وعاقبها مانع قانوني عن أن ترتب آثارها كما قدمنا ، فتخلفت عنها التزامات طبيعية^(١) . ومن هذه ما قام المانع القانوني فيه منذ نشأته . ومنها ما نشأ التزاماً مدنياً صحيحاً وولد آثاره ، ثم قام المانع القانوني بعد ذلك ، فانقضى التزاماً مدنياً ليصبح التزاماً طبيعياً .

ومن أمثلة النوع الأول العقد القابل للإبطال لنقص في الأهلية^(٢) . فإذا تعاقد القاصر ولم يلحق العقد الأجازة ، كان له أن يطلب إبطال العقد فينقلب التزامه المدني التزاماً طبيعياً ، إذا أداه عالماً مختاراً لم يستطع أن يسترده^(٣) . ويذكر عادة ، كمثال آخر للنوع الأول عقد الهبة الباطل لعدم استيفاء الشكل ، فقد نصت المادة ٤٨٩ من التقنين المدني على أنه « إذا قام الواهب أو ورثته

(١) ويلاحظ أن هذه الطائفة من الالتزامات تقوم هي أيضاً على اعتبارات أدبية ، ولا تقل في هذه الناحية عن الطائفة الثانية .

(٢) أما العقد القابل للإبطال لعيب من عيوب الإرادة - غلط أو تدليس أو إكراه - فلا يتخلف عن إبطاله التزام طبيعي ، لما لحق الإرادة من انحراف لا يتفق مع فكرة الالتزام الطبيعي (أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٠ هامش رقم ٥) .

(٣) استئناف أهلي ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٤ الحقوق ٣٠ ص ٣٣١ - انظر بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ - وقارن دي باج ٣ ص ٧٠ .

وهذا غير التزام القاصر بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته (م ١١٩ مدني) ، فهذا التزام مدني مصدره العمل غير المشروع ، أما الآخر فالالتزام الطبيعي تخلف عن التزام مدني مصدره العقد .

ويقال عادة إن كفالة ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته (م ٧٧٧ مدني) دليل على أن التزام ناقص الأهلية بعد إبطال العقد قد انقلب التزاماً طبيعياً تكون كفالته صحيحة . والصحيح في رأينا أن الكفالة في هذه الحالة ليست التزاماً تبعياً ، بل هي التزام أصلي عقده الكفيل معلقاً على شرط واقف هو أنه يتمسك ناقص الأهلية بإبطال العقد ، فيكون الكفيل عندئذ ملزماً بتنفيذ العقد الذي لم ينفذه القاصر . وسنعود إلى هذه المسألة .

مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه .
وجاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى أن هذا النص إنما هو تطبيق لالتزام
طبيعى تخلف عن الهبة الباطلة (١) . ولو صح هذا ، لصلح هذا الالتزام الطبيعى
الذى تخلف عن الهبة الباطلة سبباً لالتزام مدنى ، ولأمكن التحايل على الشكل في
الهبة عن طريق كتابتها في ورقة عرفية ثم اتخاذها سبباً لالتزام مدنى صحيح في ورقة
عرفية أخرى . وهذا ما لا يجوز التسليم به . والصحيح في رأينا أن التنفيذ
الاختيارى للهبة الباطلة في الشكل ، سواء من جهة الواهب أو من جهة ورثته ،
إنما هو إجازة لعقد الهبة ، إذ البطلان المترتب على عيب في الشكل قد تلحقه
الإجازة إذا نص القانون على ذلك (٢) .

ومن أمثلة النوع الثانى الالتزام المدنى إذا تقادم . فقد نشأ التزاماً مدنياً ،
وأنتج جميع آثاره . ثم قام بعد ذلك مانع قانونى من بقائه التزاماً مدنياً ، وهو
التقادم الذى تمسك به المدين (٣) ، فانقلب التزاماً طبيعياً ، إذا أداه المدين مختاراً
لم يستطع استرداده . وقد ورد في هذا الحكم نص تشريعى صريح فى التقنين

(١) انظر الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٤٩٩ وجزء ٤ ص ٢٥٢ وص ٢٥٤ . وانظر
أيضاً محكمة الإسكندرية الكلية ١٣ مايو سنة ١٩٣٠ المحامة ١١ رقم ٣٢٤ .

(٢) وهذا ما قررناه في الجزء الأول من الوسيط . وقد جاء فيه ما يأتى . « . . . الشكل
من صنع القانون ، وهو الذى يعين له الجزء الكافى في حالة الإخلال به . فقد يجعل العقد الذى
لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا ترد عليه الاجازة ، وقد يسمح باجازته كما في الهبة الباطلة
شكلا (م ٤٨٩ جديد) ، وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل ، وأن يحتج به
في فرض دون فرض كما في شركات التضامن والتوصية (الوسيط جزء أول ص ٢٥٥ في الهامش
وانظر أيضاً فقرة ٣٠١ ص ٤٩٢) . انظر أيضاً من هذا رأى الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام
الالتزام فقرة ١٥٥ ص ٢٢٢ هامش رقم ٢ . وقارن : الموجز للمؤلف ص ٤٦٧ هامش
رقم ٢ - والتون ١ ص ٢٧ .

وى التقنين المدنى الفرنسى تقصر المادة ١٣٤٠ إمكان التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة في
الشكل على ورثة الواهب دون الواهب نفسه ويذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى القول بتخلف
التزام طبيعى من الهبة الباطلة في الشكل في جانب ورثة الواهب (بلانيول وريبير وردوان ٧
فقرة ٩٩٠ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٨) - قارن بودرى وبارد (جزء ٢
فقرة ١٦٧١ - فقرة ١٦٧٢) ، ومن رأيهما أن الهبة تكون باطلة بطلاناً مطلقاً لانعدام
الشكل ، حتى إذا مات الواهب كانت هذه الهبة ذاتها بالنسبة إلى الورثة قابلة للإبطال ! ويصعب
التسليم بأن البطلان المطلق ينقلب إلى بطلان نسبي بموت الواهب .

(٣) أما قبل التمسك بالتقادم فالالتزام يبقى مدنياً (انظر المادة ٣٨٧ مدنى - وقارن بيدان
ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٧) .

المدنى الجديد ، هو الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ ، وتقضى بأنه « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى » (١) . ومن أمثلة النوع الثانى أيضاً الالتزام المدنى الذى لا يثبت فى ذمة مدين وجهت إليه اليمين الحاسمة فحلفها ، فان الالتزام المدنى فى هذه الحالة لا يقضى به ولا يجبر المدين على تنفيذه ، ولكن إذا كانت ذمة المدين مشغولة به فعلا بالرغم من حلفه اليمين الحاسمة ، فانه ينقلب إلى التزام طبيعى ، إذا أداه المدين مختاراً لم يستطع استرداده . وكذلك الحال فى الالتزام المدنى الذى صدر برفض الدعوى فيه حكم حاز حجية الأمر المقضى ، فانه إذا كانت ذمة المدين مشغولة به بالرغم من هذا الحكم انقلب التزاماً طبيعياً (٢) . والصلح مع المدين المفلس (concordat) ، الذى يتفق بمقتضاه المدين مع دائنيه على قضاء بعض الديون المدنية فى نظير انقضاء الباقي ، يجعل هذا الباقي للذى انقضى بالصلح ينقلب التزاماً طبيعياً ، إذا أداه الدائن مختاراً بعد ذلك لم يستطع استرداده (٣) . ولا حجة فى الصلح لإباحة الاسترداد (٤) .

(١) استئناف أهل ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٤ الحقوق ٣٠ ص ٣٣١ — ٩ مارس سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص ٣٣٢ — محكمة مصر الكلية ٢٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٣٤ ص ٨٨٠ — وقارن الأستاذ عبد المنعم البدر اوى رسالته فى التقادم فقرة ٢٠٨ ص ١٩٩ — ص ٢٠٠ .

(٢) بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٧ — ص ٤٩٨ .

(٣) أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٣ — بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٧ — أما إذا تعهد المفلس أن يدفع الباقي من ديونه إذا تحسنت حالته (s'il revient à meilleure fortune) ، فقد يفسر هذا التعهد بأنه التزام مدنى أو بأنه مجرد تقرير للالتزام الطبيعى ، حسبما يتبين من نية المدين ، وتستخلص هذه النية من الظروف والملابسات وعبرة التعهد . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى (انظر فقرة ٤٠١) . ويشبه بارتان بالمدين المفلس الذى يصطلح مع دائنيه مديناً تعهد أن يدفع بسعر الذهب أو بسعر عملة أجنبية . فإذا كان هذا التعهد - باعتباره تعهداً مدنياً - باطلاً ، ولكن المدين مع ذلك دفع بسعر الذهب أو بسعر العملة الأجنبية المتفق عليها ، فإنه لا يستطيع أن يسترد ما دفعه زائداً عن سعر العملة الورقية ذات السعر الإلزامى ، لأنه إنما وفى التزاماً طبيعياً (أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٢ هامش رقم ١٣) . ولا يتفق هذا رأى ، إذا اعتبرنا شرط النهب باطلاً لمخالفته للنظام العام ، مع المبدأ الذى قلناه من أن الالتزام الطبيعى لا يجوز أن يقوم مخالفاً للنظام العام .

(٤) أما إذا كان الالتزام المدنى لا يجوز إثباته إلا بالكتابة ، ولم توجد كتابة للاثبات ، ولم يصدر حكم حاز حجية الأمر المقضى برفض الدعوى بهذا الالتزام ، فإنه يبقى التزاماً مدنياً =

٣٩٦ - التزامات برأت أدبية ثم أصبحت طبيعية : وهذه التزامات

بدأت واجبات أدبية ثم ارتفعت منزلتها فأصبحت التزامات طبيعية ، على النقيض من الطائفة الأولى التي وصلت إلى مرتبة الالتزامات المدنية وانحدرت بعد ذلك إلى مرتبة الالتزامات الطبيعية^(١) .

ومن الأمثلة على هذه الطائفة الثانية من الالتزامات التزام شخص بتعويض شخص آخر عن الضرر غير المباشر الذي لحقه به من جراء خطأ ارتكبه ، أما التزامه بالتعويض عن الضرر المباشر فهذا التزام مدني مصدره العمل غير المشروع . كذلك الالتزام بالتعويض عن إغواء غير مصحوب بالغش أو عن معاشرة غير شرعية بعد انتهاء هذه المعاشرة يكون التزاماً طبيعياً . أما إذا صحب الإغواء غش فالالتزام بالتعويض يصبح التزاماً مدنياً . وإذا لم يكن الغرض من الالتزام التعويض عن المعاشرة بعد انتهائها ، بل الإغراء على المعاشرة ، فإن الالتزام لا يكون التزاماً طبيعياً ، بل يكون التزاماً مخالفاً للآداب لا يتخلف عن بطلانه التزام طبيعى .

ومن الأمثلة على هذه الطائفة الثانية أيضاً التزام شخص بإجازة شخص آخر على خدمة أداها له (donnation rémunératrice) إذا لم يكن هناك التزام مدني بالإجازة ، وذلك كإجازة خادم أخلص في الخدمة أو وكيل أحسن أداء الوكالة أو طبيب أنقذ حياة المريض^(٢) . فإن هذا الالتزام يبدأ واجبا أدبياً ، ولكن وجوب الاعتراف بالجميل في هذه الظروف الخاصة يرقى به إلى مرتبة الالتزام الطبيعي^(٣) . كذلك إذا أثرى شخص على حساب غيره دون أن تتوافر

= ولا ينقلب التزاماً طبيعياً . لكنه يكون التزاماً غير ثابت ، ويجوز أن يثبت بعد ذلك بالإقرار أو باليمين . وإذا دفعه المدين لم يستطع استرداده ، لا لأنه يدفع التزاماً طبيعياً لا يسترد ، بل لأنه يدفع التزاماً مدنياً أقر به بمقتضى دفعه إياه . ومن ثم يكون الدفع صحيحاً ، ولا يجوز الاسترداد ، حتى لو كان المدين وهو يدفع الدين يعتقد عن غلط أن إثباته يجوز أن يكون بالبيئة وألا مناص من دفعه (قارن الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام فقرة ٦٦٤) .

(١) بودرى ربارد ٢ فقرة ١٦٦٦ وما بعدها .

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١١ .

(٣) قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٧٠ : ويشترط أن تكون الخدمة بما يمكن تقديره بمال وألا تكون الجائزة أكبر بكثير من الأجر المعتاد على مثل هذه الخدمة .

شروط دعوى الإثراء ، لم يكن هناك التزام مدنى برد قيمة الإثراء لعدم توافر الشروط ، ولكن يقوم التزام طبيعى بهذا الرد مبنى على فكرة العدالة .
ومن الأمثلة على هذه الطائفة الثانية أخيراً التزام شخص بالنفقة على أقارب لا تلزمه النفقة عليهم قانوناً ، فإن الالتزام هنا يبدأ واجباً أدبياً ، ولكن واجب التضامن بين أفراد الأسرة فى هذه الحالة الخاصة يرتفع به إلى مرتبة الالتزام الطبيعى^(١) . كذلك التزام الأب بتجهيز ابنته أو بتقديم المعونة لابنه لتنظيم عمل يرتزق منه يكون التزاماً طبيعياً فى ذمة الأب ، بسبب توثق أواصر العلاقة الأبوية فيما بين الأب وأولاده^(٢) .

٣٩٧ — تأصيل لمبادئ الالتزام الطبيعى — الالتزام الطبيعى

يتأخّم الالتزام المدنى : ونظرة إلى ما قدمناه من حالات الالتزام الطبيعى تدل على أن هذا الالتزام مكانه فى دائرة القانون أوسع مما يظن لأول وهلة . بل إن الالتزام الطبيعى يتأخّم الالتزام المدنى ، ويتعقبه خطوة خطوة . وقد علمنا أن مصادر الالتزام المدنى هى العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . وها نحن نرى أن الالتزام الطبيعى يساير الالتزام المدنى فى هذه المصادر .

فالالتزام الطبيعى الذى بدأ التزاماً مدنياً ثم انقلب التزاماً طبيعياً يكون مصدره فى العادة العقد ، فهو يتأخّم الالتزام المدنى العقدى . وقد لحقت العقد علة قانونية لا ترجع إلى الرضاء فى ذاته الذى هو قوام العقد ، بل ترجع إلى مقتضيات الصنعة القانونية ، فمنعت العقد من توليد آثاره المدنية ، ولكن لم تمنعه من توليد آثاره الطبيعية لأن الرضاء سليم غير مشوب بعيب . ومن ثم نرى أن العقد القابل للإبطال بسبب نقص الأهلية ، والالتزام الذى سقط

(١) قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٦٩ .

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١١ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٠ — قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٦٨ ص ٧٦٥ وفقرة ١٦٦٩ مكررة — والتون ١ ص ٣٣ — ص ٣٤ .
ويعد التزاماً طبيعياً التزام المطلق بالنفقة على مطلّقة بعد أن عاش معها مدة طويلة ، ثم طلقها فى وقت لا تستطيع فيه أن تبدأ حياة جديدة ودون أن تكون هناك أسباب خطيرة تدعو إلى الطلاق (استئناف مخطط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١١) .

بالتقادم ، أو اعترضته يمين حاسمة ، أو حكم حاز حجية الأمر المقضى ، كل هذه حالات يقوم فيها الالتزام الطبيعى ، لأن المانع القانونى الذى حال دون توليد الآثار المدنية ترجع إلى الصنعة القانونية لا إلى طبائع الأشياء ، فلم ينعدم الالتزام بتاتا ، بل انقلب التزاماً طبيعياً على النحو الذى قدمناه (١) .

والالتزام الطبيعى بتعويض الضرر غير المباشر ، أو بالتعويض عن الإغواء غير المصحوب بالغش ، أو بالتعويض عن المعاشرة غير المشروعة ، مصدره العمل غير المشروع ، فهو يتأخم الالتزام المدنى التقصيرى . وقد منع هذا الالتزام أن يكون التزاماً مدنياً فقد شرط من الشروط التى ترجع إلى الصنعة القانونية لا إلى طبائع الأشياء ، فقد نقص الالتزام شرط أن يكون الضرر مباشراً ، أو شرط أن يكون هناك خطأ بالمعنى الذى عرفناه فى المسئولية التقصيرية إذ أن الإغواء غير المصحوب بالغش أو مجرد المعاشرة غير المشروعة لا يعتبر خطأ تقصيرياً وأن اعتبر خطأ أدبياً يقوم على أساسه التزام طبيعى .

والالتزام الطبيعى باجازه خدمة أدبت أو برد إثراء على حساب الغير يتأخم الالتزام المدنى المتولد من الإثراء بلا سبب . وقد منع هذا الالتزام أن يكون التزاماً مدنياً فقد شرط من شروط قاعدة الإثراء بلا سبب يرجع إلى الصنعة القانونية . أما الشروط التى ترجع إلى طبائع الأشياء - وتتلخص فى أن شخصاً أثرى على حساب غيره - فتوافرة ، ومن ثم قام الالتزام الطبيعى .

والالتزام الطبيعى بالنفقة على الأقارب أو بتجهيز البنت أو بتقديم المعونة للابن مصدره القانون ، فهو يتأخم الالتزام المدنى الذى يتولد مباشرة من القانون . وقد رأينا ، عند الكلام فى القانون كمصدر مباشر للالتزام ، أن هناك التزامات إيجابية ترجع إلى التضامن الاجتماعى ، أبرزها القانون دون أن يرسم لها قاعدة عامة ، فجعلها بنص منه التزامات مدنية (٢) . فاذا لم يبلغ الواجب الأدبى هذه الدرجة العليا من الوضوح والتحديد والقابلية للانضباط ، فإن القانون لا يصل

(١) وهذا صحيح فيما إذا كان الالتزام مصدره العقد . أما إذا كان له مصدر آخر ، فيبقى التزاماً طبيعياً ، دون أن يرجع ذلك إلى الرضاء ، بل إلى سبق وجود التزام مدنى عاقبه مانع - يرجع إلى الصنعة القانونية لا إلى طبائع الأشياء - من أن يولد آثاره كالتزام مدنى .

(٢) الوسيط الجزء الأول فقرة ٩٠٥ .

به إلى مرتبة الالتزام المدني . ولكنه مع ذلك يرقى به إلى مرتبة الالتزام الطبيعي ، على أن تتوافر له العناصر الثلاثة : قدر من التحديد والانضباط وهذا هو العنصر المادي ، وإحساس بالقوة الملزمة وهذا هو العنصر المعنوي ، وانتفاء التعارض مع النظام العام وهذا هو عنصر المشروعية ^(١) .

فالالتزام الطبيعي إذن هو توأم الالتزام المدني ، يسير إلى جانبه ، ولكنه يسير على هامش القانون كظل للالتزام المدني . وإذا كان الالتزام المدني هو وليد الصنعة القانونية ، فإن الالتزام الطبيعي هو بمثابة رد الفعل لهذه الصنعة . ذلك بأن للصنعة القانونية مقتضيات لا تتواءم في كثير من الحالات مع طبائع الأشياء . فحيث تقوم هذه المقتضيات متعارضة مع طبائع الأشياء ، فإن الالتزام المدني لا يقوم خضوعاً لمقتضيات الصنعة ، ويقوم الالتزام الطبيعي مطاوعة لطبائع الأشياء .

ب - الآثار التي تترتب على الالتزام الطبيعي

٣٩٨ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٠١ من التقنين المدني على

ما يأتي :

« لا يسترد المدين ما أداه باختباره ، قاصداً أن يوفى التزاماً طبيعياً » .

وتنص المادة ٢٠٢ على ما يأتي :

« الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لالتزام مدني » ^(٢) .

(١) وعندما يجاوز القانون المنطقة السلبية إلى المنطقة الإيجابية — يجاوز النهي عن الإضرار بالغير والإثراء على حساب الغير إلى الأمر بالتعاون والتضامن والمساعدة (انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٩٠٤ — فقرة ٩٠٥) — يكون تدخله في المنطقة الإيجابية في أناة وحذر ، ويسبق الالتزام الطبيعي الالتزام المدني ، فهو طبيعته ، يتحسس له الطريق ، ثم يعبده .

(٢) تاريخ النصوص : م ٢٠١ — ورد هذا النص في المادة ٢٧٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « لا يسترد المدين ما أداه باختباره وفاء لالتزام طبيعي » . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً جعله أدق في الدلالة على المعنى ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢٠٧ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٠ — ص ٥٠١) . م ٢٠٢ ورد هذا النص في المادة ٢٧٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « يصلح =

وتقابل المادة ٢٠١ من التقنين المدني الجديد المادة ١٤٧/٢٠٨ من التقنين المدني السابق (١). أما المادة ٢٠٢ فلا مقابل لها في التقنين السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به .

ويقابل النصان في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢٠٢—٢٠٣ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٠٤—٢٠٥ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٤ و٦ و٨ (٢). ولا مقابل لها في التقنين المدني العراقي .

= الالتزام الطبيعي ، إذا اعترف المدين به ، سبباً لالتزام مدني . وفي لجنة المراجعة حور النص على الوجه الآتي : «الالتزام الطبيعي إذا اعترف المدين به يصلح سبباً لالتزام مدني» ، وأصبح رقم المادة ٢٠٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على هذا النص . وفي لجنة مجلس الشيوخ أثارت عبارة « إذا اعترف المدين به » شبهة ، فقد يظن أن المقصود منها أن مجرد الاعتراف بالالتزام الطبيعي ينقله إلى التزام مدني . فذكر في دفع هذه الشبهة أن هذه المادة قد حسمت خلافاً قائماً بين الفقهاء . فالبعض يقول إن الاعتراف بالالتزام الطبيعي يعتبر تجديدأ له ، وهذا القول مردود بأن التجديد يكون في هذه الحالة قائماً على غير سبب . والبعض الآخر يقول أن الاعتراف بالالتزام الطبيعي يصلح أن يكون سبباً للالتزام المدني . وقد أخذ المشروع بهذا الرأي الأخير ، فالمقصود من النص هو أن الاعتراف بالالتزام الطبيعي يصلح أن يكون سبباً لالتزام مدني ، لا أن يكون سبباً لتحويل الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني . وبعد مناقشة استقر رأي اللجنة على حذف عبارة « إذا اعترف المدين به » دفْعاً للشبهات ، وعلى أن يثبت في المحضر أن مجرد الاعتراف لا يصلح أن يكون وحده سبباً كافياً لتحويل الالتزام من طبيعي إلى مدني . وبذلك أصبح نص المادة على الوجه الذي استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقمها ٢٠٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ — ص ٥٠٥) .

(١) م ١٤٧/٢٠٨ من التقنين المدني السابق : « إنما من أعطى باختياره شيئاً لآخر ، وفاء لدين يعتقد ملزوميته به ولو لم يوجبه القانون ، لا يكون له استرداده » . وهذا النص يتفق في الحكم مع نص التقنين الجديد . ولم يستحدث هذا التقنين حكماً جديداً في موضوع الالتزام الطبيعي ، ولكنه جعل النصوص أكثر جلاء ووضوحاً مما كانت عليه في التقنين السابق .

(٥) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٢—٢٠٣ (مطابقتان للمادتين ٢٠١ — ٢٠٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٠٤ — ٢٠٥ (مطابقتان للمادتين ٢٠١ — ٢٠٢ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤ : أن ما يفعله المرء عن علم لتنفيذ موجب طبيعي لا يصح استرداده ولا يعد تبرعاً ، بل يكون له شأن الإيفاء — م ٦ : الاعتراف بموجب طبيعي ، =

٣٩٩ — المبدأ العام : قدمنا أن الالتزام إذا كان طبيعياً لم يجبر المدين على تنفيذه ، لانتفاء عنصر المسئولية من الالتزام . ولكن لما كان عنصر المديونية موجوداً كما قدمنا ، فكل عمل اختياري يقوم به المدين ، قاصداً به الوفاء في الحال أو في المستقبل بالالتزام الطبيعي ، يكون عملاً معتبراً ولا يجوز الرجوع فيه .
ويترتب على هذا المبدأ العام ما يأتي :

(أولاً) الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي يجوز ، ويعتبر وفاء لا يجوز استرداده ، لا تبرعاً يجوز الرجوع فيه . وهذا هو الوفاء بالالتزام الطبيعي في الحال .

(ثانياً) الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لإنشاء التزام مدني . وهذا هو الوفاء بالالتزام الطبيعي في الاستقبال ، عن طريق تحويله إلى التزام مدني .
(ثالثاً) لا يجوز أن يقاوم الالتزام الطبيعي بدين آخر ، لأن المقاصة ضرب من الوفاء الجبري ، فاذا أجزنا المقاصة في الالتزام الطبيعي كان هذا إجباراً للمدين على الوفاء بطريق غير مباشر .

(رابعاً) كذلك لا يجوز كفالة الالتزام الطبيعي ، وإلا كان في هذا تنفيذ جبري للالتزام الطبيعي عن طريق تنفيذه على الكفيل^(١) .
ونفصل الآن ما أجملناه :

= ولو صريحاً ، لا يكون من شأنه أن يحوله إلى موجب مدني . ومثل هذا التحويل لا يمكن أن ينشأ إلا عن تجديد (novation) التعاقد — م ٨ : إن العهود المقطوعة لضمان تنفيذ موجب طبيعي (les engagements pris pour assurer l'exécution d'une obligation naturelle) تخضع من حيث الشكل والأساس لأحكام العقود ذات العوض . (وهذه النصوص لا تختلف في جملة أحكامها عن نظائرها في التقنين المصري : انظر الدكتور صبحي المحمصاني في أحكام الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٧٦ — إلا أن التصوير الفني في التقنين اللبناني لتحويل الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني هو طريق التجديد (novation) ، وهذا التصوير هو الذي كان سائداً ، ثم عدل عنه إلى التصوير الذي أخذ به التقنين المصري الجديد وهو جعل الالتزام الطبيعي سبباً لإنشاء التزام مدني . ثم إن التقنين اللبناني في المادة ٨ منه أكد فكرة أن الوفاء بالالتزام الطبيعي أو الاعتراف به بمقتضى عهد مقطوع لضمان تنفيذه لا يعد تبرعاً ، ومن ثم لا يخضع ، من حيث الشكل والموضوع لأحكام التبرعات ، بل يخضع لأحكام المعاوضات) .

(١) وقد قدمنا عند الكلام في الدفع بعدم تنفيذ العقد أنه لا يجوز للمدين أن يدفع بعدم تنفيذ التزام طبيعي ليمتنع عن تنفيذ التزام مدني ، وإلا كان في هذا تنفيذ جبري للالتزام الطبيعي بطريق =

٤٠٠ — الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي جائز : يشترط في الوفاء

بالالتزام الطبيعي ، كما قدمنا ، أن يكون الوفاء عن بينة واختيار ، فلا يجوز إجبار المدين على الوفاء ولو عن طريق القضاء . والوفاء يكون عن بينة إذا لم يشبه غلط أو تدليس ، وعن اختيار إذا لم يشبه إكراه . فإذا اعتقد المدين خطأ ، وهو يؤدي التزاماً طبيعياً ، أنه مجبر على الوفاء لأن التزامه مدني ، أو ظن أن الالتزام الطبيعي يجوز الجبر على تنفيذه ، سواء كان خطأه هذا نتيجة غلط وقع فيه أو تدليس جاز عليه ، كان له أن يسترد ما وفاه بدعوى استرداد غير المستحق . كذلك إذا أكره المدين في الالتزام الطبيعي على الوفاء به ، جاز له الاسترداد (١) .

= غير مباشر (الوسيط جزء أول فقرة ٤٩٥) . وسرى أن هذا يصدق أيضاً في الحق للحبس الذي يعتبر الدفع بعدم تنفيذ العقد صورة من صورهِ (بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٨٢ — عكس ذلك هيك ٧ فقرة ١٦٩ ص ٢٣٦ — ص ٢٣٧ ، وقد تأثر هيك بالقانون الروماني ، ولكنه غفل عن أن هذا القانون كان يحجز أيضاً المقاصة فلا تعارض فيه ، أما القانون الحديث فلا يحجز المقاصة لأنها وفاء إجباري ، ووجب أيضاً لنفس السبب ألا يحجز الحبس) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ويشترط لصحة هذا الوفاء أن يقوم به المدين من تلقاء نفسه دون إجبار ، وأن يكون حاصلًا عن بينة منه أى وهو يدرك أنه يستجيب لمقتضى التزام طبيعي لا يكفل له القانون جزاء » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٠) . وقد كان هذا هو أيضاً حكم التقنين المدني السابق : استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٨٨٠ بوريللى م ٢٠٨ رقم ١ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٤٦ — ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ — استئناف مصر ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ المحامة ١٦ رقم ٤١٢ ص ٨٩٨ — دى هلتس (Exécution - paiement) فقرة ١٥٧ .

وكان القانون الروماني لا يحجز استرداد مادفع وفاء لالتزام طبيعي حتى لو كان المدين اعتقد وقت الوفاء أن التزامه مدني . وفي هذا الحكم — وغيره من الأحكام كما سنرى — يبين أن القانون الروماني كان يرتب على الالتزام الطبيعي آثاراً أبعد مدى مما يرتب القانون الحديث . وسار القانون الإيطالي وكذلك المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٦٦) على هذا النهج ، فاكتمل بأن يكون الدفع تلقائياً (spontané) ، فيجوز الاسترداد إذا كان الوفاء نتيجة تدليس أو إكراه لأن الوفاء لا يكون في هاتين الحالتين تلقائياً ، ولا يجوز الاسترداد إذا كان الوفاء نتيجة غلط لأن الغلط لا يمنع من تلقائية الوفاء (كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٦٨ ص ٣٤٢ — وفي هذا المعنى الأستاذ عبد السلام ذهني فقرة ٣٧٩) .

ولكن الرأي الراجح في الفقه — وهو الرأي الذي سار عليه التقنين المصري — هو أن يكون وفاء الالتزام الطبيعي عن بينة واختيار ، فلا يشوبه غلط أو تدليس أو إكراه . ويبسط الأستاذان بودري وبارد هذا الرأي في العبارات الآتية : « وعلى ذلك لا يكفى في عدم جواز الاسترداد أن يكون الوفاء قد تم عن اختيار (librement) بل ولا أن يكون قد تم تلقائياً =

ولا يكفي أن يكون الوفاء عن بينة واختيار ، بل يجب أيضاً أن يكون المدين قاصداً أن يوفى التزاماً طبيعياً (م ٢٠١ مدني) . وقد قدمنا ، عند الكلام في قيام الالتزام الطبيعي ، أن هذا الالتزام يجب أن يرتفع في وعي الجماعة إلى هذه المنزلة . وهنا ، ونحن نتكلم في تنفيذ الالتزام الطبيعي ، يشترط أن يقع في وعي المدين بالذات أنه ينفذ التزاماً طبيعياً . وهذا هو الذي يجمع في الالتزام الطبيعي بين وعي الجماعة ومعياره موضوعي ، وبين وعي المدين بالذات ومعياره ذاتي : الأول مطلوب لقيام الالتزام الطبيعي ، والثاني مطلوب لتنفيذه (١) .

فاذا نفذ المدين الالتزام الطبيعي عن بينة واختيار قاصداً أن يوفى بالالتزام الطبيعي ، كان هذا التنفيذ وفاء (paiement) لا تبرعاً (libralité) كما سبق القول (٢) . ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

(١) لا يشترط في الوفاء بالالتزام الطبيعي شكل خاص ، كما يشترط ذلك عادة في الهبات (٣) .

(٢) لا يجوز للمدين ، كما قدمنا ، أن يسترد ما وفاه . ولو كان الوفاء هبة لجاز الاسترداد حيث يجوز الرجوع في الهبة . ولما كان الوفاء بالالتزام الطبيعي لا يقلبه إلى التزام مدني ، فانه يترتب على ذلك أن المدين إذا وفى بالتزامه الطبيعي وفاء جزئياً لم يستطع أن يسترد الجزء الذي وفاه ، ولكن لا يستطيع الدائن أن يجبره على الوفاء بالباقي (٤) . ويترتب على ذلك أيضاً أن ما دفعه المدين وفاء

= (spontanément) ، وإنما يستوجب القانون أن يكون الوفاء قد تم عن علم (sciemment) ، أى من بينة من الأمر » (بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٤) .

Ainsi, pour que le paiement échappe à la répétition, il ne suffit pas qu'il ait eu lieu librement, ni même spontanément, la loi veut qu'il ait été fait sciemment, c'est à dire en connaissance de cause.

هذا وينحصر الوفاء بالالتزام الطبيعي في إثباته للقواعد العامة في الإثبات (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٣ ص ٢٣٢ — ص ٣٣٣) .

(١) الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٥٩ ص ٢٣٠ — ص ٢٣١ .

(٢) ونرى من ذلك أن الالتزام الطبيعي إنما يتأكد وجوده وقت انقضائه (انظر في هذا

المعنى جوسران ٢ فقرة ٧١٩) .

(٣) وقد نص تقنين الموجبات والعقود البنائي (م ٨) على ذلك صراحة كما سبق القول .

(٤) هيك ٨ فقرة ٥ — ديمولومب ٢٧ فقرة ٤٩ — أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧

ص ١٥ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٤ مكررة — بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٩٢

ص ٣٢٩ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٣ هامش رقم ١ .

لالتزامه الطبيعي لو استحق للغير لا يضمنه المدين (١).

(٣) لا يشترط في الوفاء بالتزام طبيعي أهلية التبرع . ولو كان الوفاء هبة لا شترطت هذه الأهلية .

(٤) إذا وفى المريض مرض الموت بالتزام طبيعي ، لم يعتبر هذا الوفاء مقصوداً به التبرع في حكم المادة ٩١٦ من التقنين المدني ، فلا تسرى عليه أحكام الوصية . إلا أنه يلاحظ أن هناك قرينة قانونية تقضى بأن كل تصرف صدر في مرض الموت يعتبر صادراً على سبيل التبرع (م ٩١٦ فقرة ٣) ، ومن ثم يفرض في هذا الوفاء أنه تبرع حتى يثبت الدائن أنه وفاء لا التزام طبيعي .

(٥) أما فيما بين المدين الذى وفى بالتزام الطبيعي ودائنيه بدين مدنى ، فقد ذهب كثير إلى أن الوفاء بالتزام الطبيعي يبقى وفاء لا تبرعاً ، فلو طعن دائن في هذا الوفاء بالدعوى البولصية كان عليه أن يثبت غش المدين الذى وفى بالتزام الطبيعي وغش الدائن الذى استوفى هذا الالتزام ، كما هو الشأن في الدعوى البولصية بالنسبة إلى المعاوضات (٢) . وقد كنا ممن يذهب إلى هذا الرأي في عهد التقنين السابق (٣) . ولكن التقنين الجديد ، وقد عد الوفاء بدين مدنى مؤجل في حكم التبرع بالنسبة إلى الدعوى البولصية (انظر المادة ٢٤٢ فقرة ثانية) ، لا شك في أنه يجعل من باب أولى هذا الحكم للوفاء بالتزام طبيعي . فالمدين المعسر ، إذا وفى بالتزام طبيعي كان في استطاعته ألا يوفى به ، يجعل لدائنيه وجهاً للاعتراض على هذا التصرف ، ويكون من حقهم أن يعتبروا هذا الوفاء تبرعاً لا معاوضة ، فيكون غير نافذ بالنسبة إليهم حتى لو كان كل من المدين الذى وفى بالتزام الطبيعي والدائن الذى تلقى هذا الوفاء حسن النية (٤) . ويغلب

(١) هيك ٨ فقرة ٥ — ديمولومب ٢٧ فقرة ٥٠ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٧٤ يكررة .

(٢) انظر في هذا المعنى بيرو ص ١٠٧ ، الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت في نظرية الالتزام فقرة ٦٦٦ ص ٤٩٩ — المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٥٠١ .

(٣) انظر الموجز فقرة ٤٦٢ ص ٤٦٨ هامش رقم ٢ .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٢ ص ٣٢٨ — ص ٣٢٩ — بيدان ولاجادر ٨ فقرة ٦٩٢ — كولان وكايتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٦٨ ص ٣٤٣ — الأستاذ أسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٦١ .

أن يتحقق ذلك عملاً في تجهيز الأب المعسر لابنته ، فإن التجهيز التزام طبيعي إذا وفى به المدين المعسر جاز لدائنيه الطعن بالدعوى البولصية في هذا الوفاء باعتباره تبرعاً لا معاوضة (١) .

٤٠١ — الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لإنشاء التزام مدنى :

وكما يجوز الوفاء الاختيارى بالالتزام الطبيعي ، يجوز كذلك الوعد بالوفاء به (promesse d'exécution) ، ما دام هذا الوعد قد صدر عن بينة واختيار . فإذا كان المدين في التزام طبيعي ، بدلاً من أن يبنى بهذا الالتزام وفاء فعلياً ، وعد أن يبنى به ، فإن هذا الوعد يصبح ملزماً له (٢) . ويكون الالتزام في هذه الحالة التزاماً مدنياً يجبر المدين على الوفاء به . فكأن المدين قد وفى بالالتزام الطبيعي بالالتزام مدنى (٣) .

(١) وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى هذه النتائج ، التى تترتب على أن الوفاء بالالتزام الطبيعي إنما هو وفاء لا تبرع ، على الوجه الآتى : «إذا تحقق هذا الشرط (حصول الوفاء عن بينة واختيار) كاف لأداء المدين حكم الوفاء لا حكم التبرع . ويتفرع على ذلك نتائج أربع : أولاها امتناع المطالبة برد ما دفع ، فهو لم يؤد وفاء لدين غير مستحق أو تبرعاً يجوز الرجوع فيه ، وإنما أدى وفاء لما هو واجب دون أن تحدى نية للتبرع عليه . والثانية عدم اشتراط شكل خاص للوفاء بالالتزام الطبيعي ، على خلاف التبرعات فيغلب فيها اشتراط ذلك . والثالثة الاكتفاء في تنفيذ الالتزام الطبيعي بأهلية الوفاء بوجه عام ، دون اشتراط أهلية التبرع . والرابعة اعتبار أداء المدين وفاء لا تبرعاً ، وبوجه خاص فيما يتعلق بتطبيق أحكام الدعوى البولصية (وقد خالفنا هذا رأى فيما قدمناه) وتصرفات المريض مرض الموت (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٠ — ص ٥٠١) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من عاشر امرأة معاشرة الأزواج التزم التزاماً طبيعياً بالنفقة عليها وولدها منه ، وينقلب هذا الالتزام الطبيعي إلى التزام مدنى إذا هو أرسل إليها النفقة مرات عدة وتعهد تعهداً صريحاً في مكاتباته بالاستمرار على ذلك (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٩) . وكذلك يتحول الالتزام الطبيعي إلى التزام مدنى إذا كان المخدوم قد تعهد بخادمه القديم بعد أن أصبح عاجزاً بالمعون والمساعدة ، ثم تعهد بعد ذلك بأن يدفع له مبلغاً معيناً (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٨) . انظر أيضاً : استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٦٢ — ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٧ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٧ — ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣٤ .

(٣) قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٣ ص ٣٣١ .

ويجب أيضاً — كما في الوفاء الاختياري — أن يكون المدين قد قصد أن يلتزم بالوفاء التزاماً مدنياً^(١) ، فلا يكفي مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي في ذمته^(٢) . ذلك أن اعتراف المدين بوجود التزام طبيعي لا يدل ضرورة على قصد الوفاء به ، ذلك القصد الذي رأيناه في الوفاء الاختياري — كما هو هنا في الوعد بالوفاء — يجمع إلى وعي الجماعة بالالتزام الطبيعي وعي المدين ذاته بهذا الالتزام . وقد قدمنا أن وعي الجماعة ضروري في قيام الالتزام الطبيعي ، وعي المدين بالذات ضروري في تنفيذه . ووجوب أن يقصد المدين الوفاء بالالتزام الطبيعي مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة محكمة النقض ، أما استخلاص هذا القصد من وقائع الدعوى فمسألة واقع لا تخضع لهذه الرقابة^(٣) . وعلى ذلك إذا عقد المفلس صلحاً (concordat) مع دائنيه ، ووفاهم جزءاً من الديون ، ووعدهم في الوقت ذاته بوفاء الباقي إذا انصلحت حالته (s'il revient à meilleure fortune) ، ترك لقاضي الموضوع أن يستخلص نية المدين من وقائع الدعوى : هل قصد المدين بهذا الوعد أن يلتزم مدنياً بوفاء الباقي من ديونه فيكون هناك التزام مدني في ذمته معلق على شرط واقف هو انصلاح حاله ويكون الصلح ذاته معلقاً أيضاً على شرط فاسخ هو الوفاء بهذا الالتزام المدني ، أم قصد مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي في ذمته هو الوفاء بباقي ديونه متى

(١) استئناف مختلط ٢٥ يونيو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٩٨ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١١ — انظر أيضاً في الالتزام نحو أشخاص يعتبرهم الملتزم أبناءه الطبيعيين : استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩١ ، وفي التزام رب العمل نحو عامل مدة تجنيده : استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧ — لكن لا يعتد بالتزام الشخص نحو بنت زوجته إذا كان قد آواها في منزله ، ثم خرجت إلى كنف أحد أقاربها ، فلا يعتبر ملتزماً بالنفقة عليها (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٧٥) . وإذا صرفت شركة لأرملة موظف قديم ، مات ضحية حادث من حوادث العمل ، ولأولاده القصر نفقة شهرية مدة طويلة ، لم يتحول هذا الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني (استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٩١) .

(٢) ومن أجل ذلك حذفت لجنة مجلس الشيوخ عبارة «إذا اعترف المدين به» التي كانت واردة في المشروع النهائي للتقنين الجديد حتى لا يكون مجرد الاعتراف بالالتزام الطبيعي كافياً لتحويله إلى التزام مدني (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند إيراد تاريخ نص المادة ٢٠٢ : انظر فقرة ٣٩٨ في الهامش) .

(٣) الأستاذ أسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٥٩ ص ٢٣٠ — ص ٢٣١ .

تمكن من ذلك وفي هذه الحالة لا يجبر على الوفاء ويبقى الصلح قائماً حتى لو لم يوف بالباقي من ديونه مع قدرته على الوفاء^(١) ؟ فإذا قام شك هل قصد المدين بالوعد أن يلتزم مدنياً أم قصد مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي ، فالشك يفسر في مصلحته ، ويكون قد قصد مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي^(٢) .

وقد اختلف الرأي في التكييف القانوني للوعد بالوفاء . ذهب رأى قديم إلى أن هذا الوعد يعتبر تجديدأ (novation) للالتزام الطبيعي . فيكون المدين والدائن قد اتفقا على استبدال دين مدني بالدين الطبيعي ، فيصبح الالتزام الطبيعي التزاماً مدنياً عن طريق التجديد بتغيير الدين (novation par changement de dette)^(٣) وعيب هذا الرأي أنه يتعارض مع قواعد التجديد المعروفة ، إذ التجديد يفترض تعديلاً في الالتزام الأصلي ، إما بتغيير محل الدين أو بتغيير سببه أو بتغيير أوصافه أو بتغيير الدائن أو بتغيير المدين . والوعد بوفاء التزام طبيعي لا يتضمن تغييراً في شيء من ذلك ، بل هو يقلب الالتزام ذاته — محلاً وسبباً وأوصافاً وأطرافاً — من التزام طبيعي إلى التزام مدني . ومن ثم اختار التقنين المدني الجديد الرأي

(١) قارن استئناف مختلط ١٢ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠٨ — وقد يستخلص قصد المدين من عبارة التعهد (دي باج ٣ ص ٦٣) ، ومن تفسير نية الدائنين أنفسهم وهل كانوا لا يعقدون الصلح لولا هذا التعهد فيكون التزاماً مدنياً (استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣٩ — ومع ذلك انظر في أن التعهد يبقى التزاماً طبيعياً إذا أكره المفلس وقت الصلح على أن يوقع كبيالة لصالح دائن ليحمله على إقرار الصلح : محكمة اسكندرية الوطنية ١٩ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٣٣ ص ٢٤٨) .

(٢) بلانيول وريبير وودوان ٧ فقرة ٩٩٣ ص ٣٣١ — ص ٣٣٢ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٣ مكررة — كولان وكايتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٦٩ — تالير موجز القانون التجاري طبعة ثامنة فقرة ٢٠٩٧ .

(٣) انظر في جواز أن يكون الالتزام الطبيعي محلاً للتجديد : أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٤ — بودري وبارد ٢ — فقرة ١٦٧٨ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٢ — ص ٥٠٣ — چوسران ٢ فقرة ٩١٦ — والتون ١ ص ٣٦ — ص ٣٨ — وانظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مصر ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤١٢ ص ٨٩٨ — استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٧ — ٢٢ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٥١ . ومن ثم نرى أن القضاء المصري ، في عهد التقنين السابق ، كان يسير على هذا الرأي . وانظر أيضاً المادة ٦ من تقنين الموجبات والعقود البنائي ، وهي تصرح بأن تحويل الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني لا يمكن أن ينشأ إلا عن تجديد التعاقد .

الحديث في الفقه ، واعتبر الوعد بوفاء التزام طبيعي لإنشاء لالتزام مدني سببه هو الالتزام الطبيعي ذاته . وبذلك يكون من آثار الالتزام الطبيعي أنه يصلح سبباً (cause) لإنشاء التزام مدني^(١) . فاذا وعد المدين في التزام طبيعي دائته بوفاء الالتزام ، كان هذا الوعد ملزماً للمدين^(٢) ، وأجبر هذا على تنفيذ التزامه إذ يصبح التزاماً مدنياً توافرت فيه كل أركانه من رضا ومحل وسبب .

ولما كان الوعد بوفاء التزام طبيعي ، كالوفاء الاختياري بهذا الالتزام ، لا يعتبر تبرعاً ، فهو لا يخضع لأحكام التبرع ، بل لأحكام المعاوضات ، من حيث الشكل ومن حيث الموضوع ، شأنه في ذلك شأن الوفاء الاختياري فيما قدمناه^(٣) .

٤٠٢ — ملابغ الالتزام الطبيعي في التزام مدني : تقتصر آثار

الالتزام الطبيعي على جواز الوفاء الاختياري به وعلى جواز الوعد بالوفاء ، وذلك على النحو الذي قدمناه . ففي هاتين الصورتين لم يجبر المدين على الوفاء بالالتزام الطبيعي ، بل أداه مختاراً وهو على بينة من أمره .

(١) كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٦٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٣ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٣٣٧ — دي باج ٣ فقرة ٦٣ — وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «وقد انقسم الفقه بشأن ماهية هذا الاعتراف ، فلم يكن بد من أن يقطع المشروع برأى في هذا الخلاف . والحق أن الاعتراف لا ينطوي على تجديد ينقلب من جرائه الالتزام الطبيعي التزاماً مدنياً ، بل هو إنشاء لالتزام مدني يقوم الالتزام الطبيعي منه مقام السبب» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٣) .

(٢) والرأى الراجح في الفقه أن هذا الوعد يتم بإرادة المدين المنفردة دون حاجة إلى قبول الدائن ، ومن ثم يجوز لدائن هذا الدائن أن يوقعوا حجزاً تحت يد المدين بمجرد أن يصدر منه الوعد دون انتظار لقبول الدائن (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٤ — دي باج ٣ فقرة ٤٣) .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٥٠٣ — الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٢ — ومن ثم لا يشترط شكل خاص في الوعد بالوفاء كما مشروط ذلك في الهبة . كذلك لا تطلب أهلية التبرع ، ويكتفى بأهلية التصرف (بيدان ولاجار ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٢ هامش رقم ٣) . ويجبر المدين قضاء ، بعد صدور الوعد بالوفاء ، على تنفيذ هذا الوعد . وإذا صدر الوعد في مرض الموت لا يعتبر تبرعاً إذا أثبت الدائن أنه وعد قصد به الوفاء بالالتزام الطبيعي . أما بالنسبة إلى الدعوى البولصية ، فيعتبر الوعد بالوفاء تبرعاً ، شأنه في ذلك شأن الوفاء الاختياري .

أما إجبار المدين على الوفاء فلا يجوز في الالتزام الطبيعي ، ولو كان ذلك بطريق غير مباشر . ولما كانت المقاصة القانونية تتضمن وفاء إجباريا للمدين ، لأن المدين يجد نفسه بمقتضى هذه المقاصة قد أدى ما عليه من الدين بما ثبت له من حق في ذمة دائته دون أن يكون مختاراً في ذلك ، فإن المدين في التزام طبيعي إذا كان له في الوقت ذاته حق مدني في ذمة دائته ، فحقه هذا لا ينقض بالمقاصة القانونية في مقابلة التزامه الطبيعي ، وإلا كان في هذا إجبار له على الوفاء بالتزامه الطبيعي ، وهذا لا يجوز (١) .

على أن قواعد المقاصة القانونية ذاتها تقضي بذلك ، فن شروطها أن يتساوى الدينان المتقاصان قوة وضعفاً ، فلا يقاس التزام طبيعي في التزام مدني (٢) . ولكن يجوز بداهة أن يتمسك الدائن ، إذا كان الحق الذي له حقاً مدنياً ، بالمقاصة بين حقه هذا والتزام طبيعي في ذمته لمدينه ، إذ هو في هذه الصورة إنما يوفي بالتزامه الطبيعي اختياراً لا إجباراً (٣) .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يتضمن نصاً صريحاً في عدم جواز مقاصة الالتزام الطبيعي بالتزام مدني . فكانت الفقرة الأولى من المادة ٢٧٨ من هذا المشروع تنص على أنه « لا يقاس التزام طبيعي في التزام

(١) وقد كان القانون الروماني يجيز المقاصة ما بين التزام طبيعي والتزام مدني . وهنا أيضاً نرى هذا القانون يتوسع في آثار الالتزام الطبيعي ، كما فعل عندما منع استرداد الوفاء بالتزام طبيعي ولو كان الوفاء عن غلط .

(٢) أما المقاصة القضائية — وهي وفاء اختياري — فتجوز بين التزام طبيعي والتزام مدني (بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٨١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٧) .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١ — وهل تجوز المقاصة القانونية بين التزامين طبيعيين ؟ لانرى جواز ذلك ، لأن المقاصة القانونية لا تزال تتضمن هنا وفاء إجبارياً ، وقد يكون أحد المدينين أو كلاهما لا يريد الوفاء مختاراً بالتزامه الطبيعي للآخر . ويترتب على ذلك النتيجةتان الآتيتان : (أولاً) إذا لم يف أى من المدينين بالتزامه الطبيعي مختاراً لم يجبر على ذلك ، ولا يختلف هذا الوضع عن الوضع الذي تقع فيه المقاصة إلا في أن حالة المقاصة تسقط الدينين أما في الوضع الأول فيبقى الدينان قائمين وإن كان لا يجبر أحد من المدينين على الوفاء به . (ثانياً) إذا وفى أحد المدينين للآخر بالتزامه الطبيعي مختاراً ولم يرد الآخر أن يوفى هو أيضاً بالتزامه الطبيعي نحو الأول ، لم يستطع الأول أن يسترد ما وفاء بدعوى أنه وفى بالتزام طبيعي سقط بالمقاصة .

مدنى^(١) . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة « لإمكان استخلاص حكمها من النصوص الواردة في المقاصة^(٢) » .

٤٠٣ — لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى : كذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى إذا كان يقصد بالكفالة أن يترتب فى ذمة الكفيل التزام مدنى يضمن الدين الطبيعى المكفول^(٣) . ذلك أن الكفالة على هذا النحو تفتح سبيلا لإجبار المدين على الوفاء بالتزامه الطبيعى عن طريق غير مباشر ، إذ يجبر الدائن الكفيل على الوفاء ، ثم يرجع الكفيل على المدين الأصيل ، فيكون المدين بالتزام طبيعى قد أجبر فى النهاية عن طريق غير مباشر على الوفاء بالتزامه ، وهذا لا يجوز^(٤) .

أما الشبهة التى تقوم فى شأن كفالة ناقص الأهلية فمندفعة . ذلك أن المادة ٧٧٧ من التقنين المدنى نصت على أن « من كفل التزام ناقص الأهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول » . فهذا النص قد أجاز أن يلتزم شخص بتنفيذ التزام ناقص الأهلية

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « لا يجوز أن يقاس التزام طبيعى فى التزام مدنى ، لأن المقاصة ضرب من ضروب الوفاء القهرى . بيد أن للدائن أن يتمسك بوقوع المقاصة بين دينه المدنى ودين طبيعى يلزمه أدائه ، إذ القصاص فى هذه الصورة يكون بمنزلة الوفاء اختياراً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١ .

(٣) وكما لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة شخصية ، كذلك لا تجوز كفالة هذا الالتزام كفالة عينية ، ولا يجوز ترتيب رهن رسمى أو رهن حيازى لضمانه ، وذلك لنفس الأسباب التى لا تجوز من أجلها الكفالة الشخصية (هيك ٧ فقرة ٢٣٦ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٧٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٦ — الموجز للمؤلف ص ٤٦٩ هامش رقم ١ — قارن جيللوار فى الكفالة فقرة ٥٤ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٣ — ص ٥٠٤) .

(٤) لوران ١٧ فقرة ٢٨ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٥ — جوسران ٢ فقرة ٧١٥ — قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٧٦ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٣ — ص ٥٠٤ ، وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بجواز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة يترتب بموجبها فى ذمة الكفيل التزام مدنى (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٢) .

وقد كان القانون الرومانى ، هنا أيضاً ، يجيز كفالة الالتزام الطبيعى بالتزام مدنى . وهذا وجه ثالث لتوسع القانون الرومانى فى آثار الالتزام الطبيعى ، وقد رأينا الوجهين الأولين فى منع الاسترداد ولو كان الوفاء من غلط وفى مقاصة الالتزام الطبيعى بالتزام مدنى .

إذا تمسك هذا بنقص أهليته . وليست هذه كفالة تبعية بالمعنى المألوف ، بل هي التزام أصلي أخذه على نفسه من تسمى بالكفيل ، وعلقه على شرط واقف هو أن يتمسك ناقص الأهلية بنقص أهليته ليتخلص من تنفيذ التزامه (١) .

على أنه يجوز أن يكفل الكفيل التزاماً طبيعياً وتكون كفالته تبعية لا التزاماً أصلياً، ولكن التزام الكفيل في هذه الحالة يكون هو أيضاً التزاماً طبيعياً كالتزام المكفول ، إذ لا يجوز أن تكون الكفالة بشروط أشد من شروط الدين المكفول (م ٧٨٠ مدني) . ويتحقق هذا الفرض فيما إذا كفل الكفيل ناقص الأهلية دون أن يكون عالماً بنقص أهليته ، فعند ذلك يجوز للكفيل أن يتمسك بالدفع التي يتمسك بها المدين الأصلي (م ٧٨٢ فقرة أولى مدني) ، ومنها الدفع بنقص الأهلية (٢) ، فينقلب كل من التزام المكفول ناقص الأهلية والتزام الكفيل التزاماً طبيعياً . ولا يجبر أحد منهما على الوفاء بالتزامه ، لكن إذا وفاه مختاراً لم يجز له استرداده . فإن كان الذي وفي التزامه مختاراً هو المكفول ناقص الأهلية فقد قضى التزامه والتزام الكفيل معاً ، لأن التزام الكفيل الطبيعي تبع لالتزام المكفول . وإن كان الذي وفي التزامه مختاراً هو الكفيل ، فقد قضى التزامه هو ولا يستطيع أن يسترده ، كما لا يستطيع الرجوع على المكفول ناقص الأهلية بما وفي ، لأن التزام المكفول التزام طبعي كما قدمنا لا يجبر على وفائه ولو بطريق غير مباشر (٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٥ في الهامش .

(٢) وقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٧٨٢ من التقنين المدني بأنه « إذا كان الوجه الذي يحتاج به المدين هو نقص أهليته ، وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد ، فليس له أن يحتاج بهذا الوجه » . ويستخلص ، بطريق العكس ، من هذا النص أن الكفيل إذا لم يكن عالماً بنقص أهلية المدين وقت التعاقد كان له أن يحتاج بهذا الوجه . أما إذا كان عالماً بنقص الأهلية — وهذا هو الفرض الذي ورد فيه النص — فانه يكون عندئذ قد كفل التزام ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته (م ٧٧٧ مدني) ، ويكون التزامه التزاماً أصلياً على النحو الذي قدمناه (قارب بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٣٢٩ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٧٠ — وقارن أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٥) .

(٣) أما إذا انقلب الالتزام الطبيعي التزاماً مدنياً عن طريق الوعد بالوفاء به على النحو الذي قدمناه ، فانه تجوز كفالته بالزام مدني ، شأنه في ذلك شأن أي التزام مدني آخر (قارب بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٥ ص ٣٣٥) — ويعد وعداً ضمناً بوفاء التزام طبعي أن يقدم المدين بهذا الالتزام كفالة شخصية أو رهناً أو كفالة عينية (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٥ وفقرة ٩٩٦ — الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٦٠ ص ٢٣٢ — وقارب بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٥) .

وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً صريحاً فى عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعى ، هو الفقرة الثانية من المادة ٢٧٨ من هذا المشروع ، إذ كانت تنص على أنه « لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة شخصية أو عينية ما دام التزاماً طبيعياً » (١) . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة « لإمكان استخلاص حكمها من النصوص الواردة فى الكفالة » (٢) .

٥ (٢) — الالتزام المدنى

(Obligation civile)

٤٠٤ — **التفريق بين المدنى والمدنى :** بعد أن فرغنا من الكلام فى الالتزام الطبيعى ، لم يعد أمامنا إلا أن نواجه الالتزام المدنى ، وهذه هى الصورة المألوفة للالتزام . وإذا ذكرنا منذ الآن الالتزام دون تحديد ، فإننا لا نقصد به إلا الالتزام المدنى .

ولا يمكن حصر حالات الالتزام ، وإنما يحصر الالتزام بمصادره ، فهى

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وكذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة عينية أو شخصية — انظر عكس ذلك المادة ٥٥٢ من التقنين الأرجنتينى — ما بقى فى نطاق الواجبات الأدبية . ذلك أن الكفالة التزام تابع فلا يجوز ، والحال هذه ، أن تكون أفعال أثراً من الالتزام الأصيل . ولا وجه للقياس فى هذا الشأن على كفالة التزام ناقص الأهلية ، فهذه الكفالة يكون لها حكم الصحة باعتبارها التزاماً أصيلاً لا تابعاً . وصفوة القول إن كفالة الالتزام الطبيعى لا تصح إلا إذا اعترف به وألحق تفريعاً على ذلك بالالتزامات المدنية (م ٢٧٧ من المشروع) . وما هو جدير بالذكر أن القانون الرومانى يجيز كفالة الالتزام الطبيعى كما يجيز القصاص فيه ، على خلاف ما هو متبع فى القانون الحديث » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١ — هذا ولا يجوز نقل التزام طبيعى من ذمة إلى ذمة ، ولا ينتقل الالتزام الطبيعى من ذمة المورث إلى ذمة الوارث حتى فى القانون الفرنسى الذى تنتقل فيه الديون بالميراث . وعند القائلين بأن الهبة الباطلة لعيب فى الشكل يتخلف عنها التزام طبيعى فى ذمة ورثة الواهب ، يكون هذا الالتزام الطبيعى أصيلاً فى ذمة الورثة فهو قد نشأ ابتداءً فى ذمتهم ولم ينتقل إليهم من المورث . انظر فى ذلك : بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٤٠ — وقارن : جوسران ٢ فقرة ٧١٦ .

العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون، وقد تقدم بيانها تفصيلاً في الجزء الأول من هذا الكتاب .

والذى يميز الالتزام المدنى عن الالتزام الطبيعى هو، كما قدمنا ، أن الالتزام المدنى ينفذ جبراً على المدين (م ١٩٩ فقرة أولى مدنى) . ذلك أن هذا الالتزام يجتمع فيه ، كما سبق القول ، عنصران المديونية والمسئولية ، فالمديونية تجيز الوفاء به كما فى الالتزام الطبيعى ، والمسئولية تجبر على الوفاء به خلافاً للالتزام الطبيعى . وقد رأينا فيما تقدم أن تنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذاً عينياً ، وإما أن يكون تنفيذاً بمقابل عن طريق التعويض . ورأينا أن القاعدة الجوهرية فى هذا الموضوع أن أموال المدين جميعاً تكفل تنفيذ التزاماته .

فنعالج إذن - استعراضاً لآثار الالتزام - هذه الموضوعات الثلاثة فى أبواب ثلاثة :

الباب الأول : التنفيذ العينى .

الباب الثانى : التنفيذ بطريق التعويض .

الباب الثالث : القاعدة التى تقضى بأن أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته ، وما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان .

الباب الأول

التنفيذ العيني

(Exécution en nature — Exécution directe)

٤٠٥ — متى يكون التنفيذ العيني وكيف يكونه : نبدأ ببيان متى يكون التنفيذ العيني للالتزام ، ثم نذكر كيف يكون هذا التنفيذ .

الفصل الأول

متى يكون التنفيذ العيني

٤٠٦ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٤٠٣ من التقنين المدني على

ما يأتي :

« ١ - يجبر المدين ، بعد إعداره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، متى كان ذلك ممكناً » .

« ٢ - على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً^(١) » .
ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . ولكن حكم الفقرة الأولى كان

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٧٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الذي استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا بعض تحويرات لفظية طفيفة أزالتها لجنة المراجعة ، وأصبح رقم النص المادة ٢٠٩ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ ذكر أن الفقرة الثانية تتضمن فكرة جديدة هي استثناء من القاعدة العامة في وجوب الوفاء من طريق التنفيذ العيني . وهذا الاستثناء يعرض عند إقامة المالك بناء خلافاً لما يفرضه عليه التزام سابق أو ارتفاق بعدم البناء ، وهذا أمر كثير الوقوع في مصر . فن واجب القاضي في هذا المقام عند المطالبة بالتنفيذ العيني أن يوازن بين مصالح ذوى الشأن ، وأن يتفادى تحميل المدين تضحيات جساماً درهماً لضرر طفيف . وذكر أيضاً أن إدارة القضايا في كثير من مخالقات التنظيم كانت تطبق هذا الحكم ، وتقضى بعدم تنفيذ حكم المخالفة للمصلحة العامة ، ولا يفهم من هذا أن النص يجيز للقاضي الجنائي الحكم بالغرامة دون الإزالة لأن الإزالة عقوبة ، فنطاق تطبيق النص هو المعاملات المدنية . وقد أزال هذا القول الشبهة التي قامت من أن القاضي الجنائي قد يحكم بالغرامة دون الإزالة بسبب المصلحة العامة . واقترح أن يوصف الإرهاب المذكور في الفقرة الثانية ، فأجيب بأن المراد بالإرهاب العنت الشديد ولا لزوم للوصف لأن الأمر متروك لتقدير القاضي . ثم أعيد الاعتراض على الفقرة الثانية ، فأجيب بأن حكمها مأخوذ مما استقر عليه القضاء فإنه بالرغم من عدم وجود هذا النص قد أخذ به وسار عليه وفي سبيل ذلك خرج على نصوص التشريع ، فالمشروع لم يأت بجديد بل قن ماسار عليه القضاء . وانتهت اللجنة بالموافقة على المادة وأصبح رقمها ٢٠٣ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٩ - ص ٥١٣) .

معمولاً به دون نص ، أما حكم الفقرة الثانية فستحدث وهو منقول عن التقنين الألماني (١) .

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى ، في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٤٦ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٦ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٤٩ (٢) .

٤٠٧ - شروط أربعة : ويستخلص من النص المتقدم أن هناك شروطاً أربعة لاقتضاء التنفيذ العيني :

(أولاً) أن يكون التنفيذ العيني ممكناً .

(ثانياً) أن يطلبه الدائن أو يتقدم به المدين .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «الأصل أن للدائن المطالبة بتنفيذ الالتزام عيناً وللمدين عرض القيام بذلك مابق هذا التنفيذ ممكناً . ولم يستثن المشروع من هذه القاعدة إلا حالة واحدة ، استمد حكمها من التقنين الألماني ، فإذا لم يكن التنفيذ العيني ميسوراً إلا ببذل نفقات لا تتناسب مع ماينجم من ضرر من جراء التخلف عن الوفاء عيناً ، اقتصر حق الدائن استثناء على اقتضاء التعويض» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦) .

على أن هذا النص المستحدث ليس في الواقع إلا تقنياً لما جرى عليه القضاء المصري ، كما سبق القول . ولذلك يكون له ، باعتباره نصاً مفسراً ، أثر رجعي ، فيسرى على الحوادث التي تمت قبل نفاذ التقنين المدني الجديد .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٤ (مطابقة لنص المادة ٢٠٣ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٤٦ (مطابقة لنص المادة ٢٠٣ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أنها لا تنص على الإعذار) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٠٦ (مطابقة لنص المادة ٢٠٣ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٤٩ : يجب على قدر المستطاع أن توفى الموجبات عيناً ، إذ أن للدائن حقاً مكتسباً في استيفاء موضوع الموجب بالذات . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري ، حتى فيما يتعلق بجواز التعويض إذا كان في التنفيذ العيني إرهاباً للمدين ما دام نص التقنين اللبناني يتضمن عبارة «على قدر المستطاع» ، ويمكن تفسيرها في شيء من التوسع ، ومع ذلك قارن الدكتور صبحي الحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣ - ص ٤) .

(ثالثاً) ألا يكون فيه إرهاب للمدين ، أو يكون فيه إرهاب ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضرراً جسيماً .

(رابعاً) أن يعذر المدين .

٤٠٨ - الشرط الاول - أنه يكون التنفيذ العيني ممكناً : فاذا

أصبح هذا التنفيذ مستحيلاً ، سواء رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي أو كانت بخطأ المدين ، لم تعد هناك جدوى من المطالبة بالتنفيذ العيني ، ورجع الدائن بالتعويض إذا كانت الاستحالة بخطأ المدين ، أو انقضى الالتزام دون تعويض إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي . مثل ذلك هلاك الشيء محل الالتزام ، أو صيرورة العمل الذي التزم به المدين مستحيلاً .

ويعتبر التنفيذ العيني غير ممكن إذا كان إجراؤه يقتضي تدخل المدين الشخصي ويأبى المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه ، ويتحقق ذلك على وجه خاص في عمل الرسام والممثل والفنان بوجه عام وفي كل عمل فني كعمل الطبيب وعمل المهندس . فاذا لم يلجأ القاضى إلى طريق التهديد المالى ، أو لجأ إليه ولم ينتج ، لم يبق إلا اعتبار التنفيذ العيني غير ممكن ، ولا مناص إذن من مجاوزته والالتجاء إلى طريق التعويض .

أما في الالتزام بنقل حق عيني (م ٢٠٤ مدنى) ، وفي الالتزام بعمل تسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضى فيه مقام التنفيذ كتفويض بالبيع (م ٢١٠ مدنى) ، فالتنفيذ العيني ممكن بحكم القانون أو بحكم القاضى . وفي الالتزام بالامتناع عن عمل ، إذا أخل به المدين وأقدم على العمل ، أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً ، ولكن التعويض العيني - بإزالة ما وقع مخالفاً للالتزام (م ٢١٢ مدنى) - قد يكون ممكناً ، وقد يضاف إليه تعويض تقضى عن الضرر الذى حدث بفعل المدين .

فامكان التنفيذ العيني يرجع إذن إلى طبيعة الالتزام ومداه والوسائل المادية اللازمة لهذا التنفيذ^(١) .

(١) بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٤٤١ .

وكثيراً ما ترجع الاستحالة إلى ميعاد تنفيذ الالتزام . ذلك أن الالتزام قد لا يكون في تنفيذه جدوى إذا جاوز التنفيذ ميعاداً معيناً ، كممثل تخلف عن التمثيل في الميعاد المحدد ، وكادارة معرض لم تقدم لأحد العارضين مكاناً للعرض التزمت بتقديمه حتى انقضت أيام العرض . فإذا فات الميعاد الذي يجرى فيه تنفيذ الالتزام ، أصبح التنفيذ العيني غير ممكن حكماً ، ولا مناص إذن من الاقتصار على طلب التعويض . وفي غير الحالة المتقدمة ، قد لا يحدد ميعاد للتنفيذ ، فيستطيع الدائن حينئذ أن يحدد للمدين ميعاداً مناسباً وينذره في الوقت ذاته أنه لن يقبل الوفاء إذا جاوز هذا الميعاد ، فيمتنع التنفيذ العيني بعد هذا الميعاد إلا إذا أثبت المدين ألا ضرر منه على الدائن (١) .

٤٠٩ — الشرط الثاني — أنه يطلب الدائن التنفيذ العيني أو يتقدم

به المبرر : إذا طلب الدائن التنفيذ العيني ، وكان ممكناً ، فليس للمدين أن يمتنع عن ذلك مقتصرأ على التقدم بتعويض ، بل يجبر على التنفيذ العيني أى على أداء عين ما التزم به (in specie, ad rem ipsam) (٢) . وكذلك إذا تقدم المدين بالتنفيذ العيني — ويكون في هذه الحالة ممكناً بطبيعة الحال — فليس للدائن أن يرفضه ويطلب التعويض مكانه ، بل تبرأ ذمة المدين بالتنفيذ العيني الكامل ،

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « بقى بعد ذلك تحديد فكرة إمكان التنفيذ ، ففى يسوغ القول بأن تنفيذ الالتزام عيناً يدخل في حدود الإمكان ، ولا سيما فيما يتعلق بميعاد التنفيذ ؟ إذا لم يحدد ميعاد للتنفيذ جاز الوفاء عيناً مادامت الظروف تسمح به ، دون أن يخل ذلك بداهة بحق الدائن فيما يجب له من تعويض عن التأخير . ويهيب التقنين الألمانى للدائن وسيلة لقطع الشك باليقين في مثل هذه الحالة . فيبيح له أن يحدد للمدين ميعاداً مناسباً للوفاء عيناً ، وأن يشفع هذا التحديد بإبلاغه أنه لن يقبل منه وفاءه بعد انقضاء هذا الميعاد (انظر المادة ٢٥٠ من التقنين الألمانى) . وليس ثمة ما يمنع القضاء من العمل بهذا الحكم دون حاجة إلى الاستناد إلى نص تشريعى خاص . أما إذا حدد ميعاد للتنفيذ فالمفروض أن الوفاء العيني يمتنع بعد انقضاء هذا الميعاد ، إلا أن يقيم ذو الشأن الدليل على عكس ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٠) .

(٢) استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٠ — ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٢٩ — ١٧ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٣ — ٥ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٥٨ .

رضى به الدائن أو أباه (١) .

فاذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني — حتى إذا كان ممكناً — واقتصر على طلب التعويض ، ولم يعرض المدين من جهته أن يقوم بتنفيذ التزامه عيناً ، فانه يستعاض عن التنفيذ العيني بالتعويض . ويقوم هذا على أساس اتفاق ضمنى بين الدائن والمدين ، فما دام الدائن لم يطلب التنفيذ العيني وطلب التعويض فكأنه ارتضى هذا مكان ذلك ، وما دام المدين لم يعرض التنفيذ العيني فكأنه قبل أن يدفع التعويض مكانه ، فيقع الاتفاق بين الجانبين على التعويض عوضاً عن التنفيذ العيني (٢) .

ونرى من ذلك أن التعويض ليس التزاماً تخييرياً أو التزاماً بديلاً بجانب التنفيذ العيني . فليس للالتزام إلا محل واحد ، هو عين ما التزم به المدين أى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد قرر « أن من حق المستأنفة استرداد منقولاتها ، فلها أن تستردها وأن تطالب بقيمتها إذا لم توجد ، ولكنها لم تفعل هذا ، بل طلبت من أول الأمر الحكم لها بقيمتها دون أن تثبت ضياعها أو تعذر الحصول عليها ، مع أنه كان ينبغي أن تطلب الحكم لها بتسليمها إليها عيناً ، فإذا تعذر ذلك حق لها المطالبة بقيمتها . وهذا لا يمنعها من المطالبة من جديد بهذه المنقولات عيناً إذا شاءت » ، فإن هذا الذى قرره الحكم لا عيب فيه ، ذلك بأن ما جاء بصحيفة دعوى الطاعنة من تكليفها المطعون عليه بتسليمها هذه المنقولات لا يعدو أن يكون إنذاراً منها له بذلك لم يقترن بطلب الحكم بتسليمها عيناً (نقض مدنى ١٢ يونيه سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨٧ ص ١١٨٧) .

وكالتنفيذ العيني التعويض العيني ، وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن التعويض العيني عن الفعل الضار هو الأصل ، ولا يصار إلى عرضه أى التعويض النقدي إلا إذا استحال التعويض عيناً . فإذا رفع المضرور دعواه مطالباً بتعويض نقدي ، وعرض عليه المدعى عليه التعويض عيناً — كرد الشيء المقتصب — وجب قبول ما عرضه ، بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا هى أعملت موجب هذا العرض ولو لم يطلب المدعى ذلك أو أصر على ما يطلبه من تعويض نقدي . وعلى ذلك فإذا استولت جهة الإدارة على عقار دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية ، فقاضاها المالك مطالباً بقيمة العقار ، وأبدت الإدارة أثناء سير الدعوى استعدادها أن ترد الأرض المقتصبة ، وقضت المحكمة للمدعى بقيمة الأرض دون أن تعتبر باستعداد المدعى عليه للرد ودون أن تنفى استحالة الرد أو جدية الاستعداد له ، فإن حكمها يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٢ ص ٦٨٢) .

(٢) هذا وإذا طلب الدائن التعويض ، فله قبل الحكم أن يعدل عنه إلى طلب التنفيذ العيني إذا كان هذا التنفيذ ممكناً . وكذلك إذا طلب التنفيذ العيني ، فالمقروض أنه طلب ضمناً التعويض إذا تعذر التنفيذ العيني ، فإذا قضى له فى هذه الحالة بالتعويض فلا يعد هذا قضاء بما لم يطلبه الخصم (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٣ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٣٩ ص ٣١٩) .

التنفيذ العيني . ولا يملك الدائن وحده أو المدين وحده أن يختار التعويض دون التنفيذ العيني ، فالتعويض إذن ليس بالتزام تخيري . ولا يملك المدين وحده أن يتقدم بالتعويض بدلاً من التنفيذ العيني ، فالتعويض إذن ليس بالتزام بدلي (١) . ولكن يجوز أن يستبدل بالتنفيذ العيني التعويض النقدي ، لا بإرادة الدائن وحده ، ولا بإرادة المدين وحده ، ولكن باتفاقهما معاً إذا بقي التنفيذ العيني ممكناً ، أو بحكم القانون إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً بخطأ المدين . وفي هاتين الحالتين لا يكون التعويض النقدي إلا بديلاً عن التنفيذ العيني ، فالالتزام هو هو ولم يتغير ، وإنما استبدل بمحله محل آخر باتفاق الطرفين أو بحكم القانون (٢) . أما إذا أصبح

(١) وقد رأينا أن العربون التزام بدلي ، أما الشرط الجزائي — وهو تعويض قدره الطرفان — فليس بالتزام بدلي ولا التزام تخيري ، شأنه في ذلك شأن التعويض (الوسيط جزء أول فقرة ١٤٢ ص ٢٦٤ هامش رقم ١) .

(٢) ويترب على ذلك أن الضمانات التي تكفل الالتزام في تنفيذه العيني تبقى لتكفل التعويض النقدي عندما يحل محل التنفيذ العيني (بودري وبارد ١ فقرة ٤٤١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٨٢١ ص ١٤٧ وفقرة ٨٧٣ — دي باج ٣ فقرة ٩٨ — الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني المراق فقرة ٣١ — وقارن مازو في المسؤولية ١ فقرة ١٠٠ . وانظر الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٥٩ ص ٧٩ هامش رقم ١) .

وقد جاء في الموجز للمؤلف في هذا المعنى ما يأتي : « أن محل الالتزام هو التنفيذ العيني لا التعويض . وهو ما يجب أن يطالب به الدائن بصفة أصلية . وهو ما يجب أيضاً أن يعرضه المدين على الدائن إذا أراد براءة ذمته من الدين . فإدام التنفيذ العيني ممكناً فإن التعويض لا يكون التزاماً تخيرياً ولا التزاماً بدلياً — فإذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً ، وأصبح المدين مسئولاً عن التعويض ، فليس معنى ذلك أن الالتزام بالتنفيذ العيني قد انقضى وحل محله التزام جديد بالتعويض . بل إن التزام المدين واحد لم يتغير ، والذي تغير هو محل الالتزام ، فبعد أن كان تنفيذاً عينياً أصبح تعويضاً ، فتبقى الضمانات التي كانت تكفل التنفيذ العيني كافلة للتعويض (الموجز فقرة ٤٤٢ ص ٤٣٩) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « إذا كان تنفيذ الالتزام يدخل في حدود الإمكان ، فن حق الدائن أن يستأديه ، ومن حق المدين أن يعرض القيام به . وليس يجوز العدول عن هذا التنفيذ إلى طريق التعويض إلا بتراضى المتعاقدين . ذلك أن التعويض لا ينزل من التنفيذ العيني منزلة التزام تخيري أو التزام بدلي . فهو ليس موكولاً للتخير ، لأن رخصة العدول عن الوفاء عيناً إلى الوفاء بمقابل غير ثابتة لأى من المتعاقدين ، سواء في ذلك الدائن أو المدين . فن واجب الأول أن يعرض الوفاء عيناً ، ومن واجب الثاني قبول هذا الوفاء . وهو ليس بالبديل ، لأن المدين لا يملك عرض العوض النقدي ما بقي الوفاء العيني ممكناً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٠) .

التنفيذ العيني مستحيلاً بغير خطأ المدين، فقد انتقضى الالتزام ، لأن محله أصبح مستحيلاً باستحالة التنفيذ العيني ، ولأنه لا محل للتعويض النقدي لانتفاء المسؤولية.

٤١٠ - الشرط الثالث - ألا يكون في التنفيذ العيني إرهاب

للمدين، أو يكون فيه إرهاب ولكن العرول عنه يلحق بالمدائن ضرراً جسيماً :
وقد يكون التنفيذ العيني ممكناً ، ومع ذلك يعدل عنه المدين بإرادته وحده ،
ويقتصر على دفع تعويض نقدي ، على أن يتوافر لذلك شرطان :

(أولاً) أن يكون في التنفيذ العيني إرهاب للمدين . والإرهاب ينطوي على معنى العنت الشديد ، ولا يكفي فيه مجرد العسر والكلفة والضيق ، بل يجب أن يكون التنفيذ العيني من شأنه أن يلحق بالمدين خسارة جسيمة فادحة ، ويترك التقدير في ذلك للقاضي (١) . وشرط الإرهاب هذا تطبيق من تطبيقات نظرية الضرورة ، وقد رأينا تطبيقات مماثلة في عقود الإذعان وفي الظروف الطارئة وفي مواطن أخرى كثيرة (٢).

(ثانياً) ألا يلحق الدائن من جراء العدول عن التنفيذ العيني إلى التعويض ضرر جسيم . فلا يكفي إذن أن يكون في التنفيذ العيني إرهاب للمدين ، بل يجب أيضاً ألا يصاب الدائن بضرر جسيم من جراء عدم التنفيذ العيني والاقتصار على التعويض . والتوازن هنا مطلوب بين المصالح المتعارضة ، مصالح المدين ومصالح الدائن . فإذا أمكن تفادي إرهاب المدين، ولو بضرر يسير يصيب الدائن،

(١) وقد رأينا في تاريخ نص المادة ٢٠٣ (انظر آنفاً فقرة ٤٠٦ في الهامش) ، في المناقشات التي دارت في لجنة مجلس الشيوخ ، أن « المراد بالإرهاب العنت الشديد ، ولا لزوم للوصف لأن الأمر متروك للقاضي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٢) .

(٢) وفي فرنسا يذهب القضاء إلى جواز الحكم بالتعويض حتى لو كان التنفيذ العيني ممكناً ، إذا تبين من الظروف أن التنفيذ العيني يكون مرهقاً للمدين أو للغير وأن الدائن ينال ترضية كافية بالتعويض (نقض فرنسي ٢٥ يولييه سنة ١٩٢٢ سيريه ٢٣ — ١ — ١١١ — انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٣ — وقارن بودري وبارد ١ فقرة ٤٣٨) .

ويمكن إرجاع ذلك إلى نظرية التعسف في استعمال الحق ، فن حق الدائن أن يطالب بالتنفيذ العيني مادام ممكناً، ولكنه يكون متعسفاً في هذا الطلب ، فلا يجاب إليه ، إذا تبين من الظروف أن التنفيذ العيني مرهق للمدين أو للغير دون أن تكون هناك فائدة منه تعود على الدائن (الموجز ص ٣٩ هامش رقم ١) .

جاز أن يحل التعويض النقدي محل التنفيذ العيني . أما إذا كان التنفيذ العيني لا يترتب عليه إرهاب شديد للمدين ، أو ترتب عليه هذا الإرهاب ولكن العدول عنه إلى التعويض يلحق بالدائن ضرراً جسيماً ، وجب الرجوع إلى الأصل ، وهو وجوب التنفيذ العيني دون التعويض ، وذلك حتى ينال الدائن حقه كاملاً ، ما دام المدين لا يرهق من جراء ذلك ، أو حتى يندفع عن الدائن الضرر الجسيم الذي يصيبه من جراء عدم التنفيذ العيني . وإذا كان لابد من إرهاب المدين أو تحميل الدائن ضرراً جسيماً ، فالأولى بالرعاية هو الدائن ، لأنه إنما يطالب بحقه في غير تعسف .

ومن التطبيقات الظاهرة للقاعدة التي نحن بصدد ما ورد في المادة ١٠١٨ من التقنين المدني ، وتنص على ما يأتي : « ١ - إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقعته ، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات التي فرضت لمصلحتها هذه القيود ، هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغيره . ٢ - وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة باصلاحها عيناً ، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك » . فهنا يقضى النص بالاقتصار على التعويض دون التنفيذ العيني - والتنفيذ العيني هو هدم البناء (١) - إذا رأى القاضي ما يبرر ذلك . والقاضي يرى مبرراً لذلك إذا كان الهدم يرهق المدين في الوقت الذي لا يلحق فيه إبقاء البناء ضرراً جسيماً بالدائن (٢) . وقد كان القضاء المصري ، في عهد التقنين السابق ، يسير

(١) سرى عند الكلام في الالتزام بالامتناع عن عمل أن تنفيذ هذا الالتزام تنفيذاً عينياً بعد وقوع الإخلال به إنما هو في الحقيقة تعويض عيني لا تنفيذ عيني . ولكن التعويض العيني ، فيما نحن بصدد من قاعدة ، لا يختلف عن التنفيذ العيني .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « وقد استثنى المشروع حالة واحدة من حكم قاعدة عدم جواز العدول إلى طريق التعويض ما بقى التنفيذ العيني ممكناً ، مقتدياً في ذلك بالتقنين الألماني . فأباح للمدين أن يعتمد إلى التعويض النقدي إذا كان يصيبه من وراء التنفيذ العيني ضرر فادح لا يتناسب مع ما يحق بالدائن من جراء المخلف عن الوفاء عيناً . وفي هذه الحالة لا يسوغ للدائن أن يطالب بالتنفيذ العيني ، بل يقتصر حقه على المطالبة بأداء التعويض الواجب له . وقد تقدمت الإشارة إلى تطبيق هام من تطبيقات هذا الاستثناء ، يعرض عند إقامة المالك بناء خلافاً لما يفرضه عليه التزام أو ارتفاق بعدم البناء ، وهو أمر كثير الوقوع في مصر . فن واجب القاضي في هذا المقام أن يوازن بين مصالح ذوي =

على هذه القاعدة دون نص لاتفاقها مع قواعد العدالة (١) .

ويستخلص مما تقدم أن التعويض يحل محل التنفيذ العيني إذا كان هذا مستحيلاً ، أو كان ممكناً واتفق الطرفان على التعويض ، أو لم يتفقا وكان التنفيذ العيني مرهقاً للمدين ولا يلحق العدول عنه ضرراً جسيماً بالدائن .

٤١١ — الشرط الرابع — اعذار المدين : وإعذار المدين واجب

في التنفيذ العيني إذا كان المقصود أن يكون هذا التنفيذ قهرياً بطريق الإجبار (م ٢٠٣ فقرة أولى مدني) . أما إذا كان التنفيذ العيني يتحقق بحكم القانون ، أو قام به المدين مختاراً غير مجبر ، فظاهر أنه لا حاجة إلى الإعذار في هاتين الحالتين .

وأكثر ما يكون الإعذار في المطالبة بالتعويض النقدي . ولكنه يكون أيضاً واجباً حتى لو كان المطلوب هو التنفيذ العيني (٢) . فإذا لم يقم الدائن بإعذار

= الشأن وأن يتحاشى تحميل المدين تضحيات جساماً درءاً لضرر طفيف « مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٠ — ص ٥١١) .

(١) استئناف مختلط ٣ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٣ — وقارب : نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥١ ص ١٣٧ . وقد جاء في مناقشات لجنة الشيوخ — انظر تاريخ نص المادة ٢٠٣ في فقرة ٤٠٦ في الهامش — أن الحكم « مأخوذ مما استقر عليه القضاء ، فإنه بالرغم من عدم وجود هذا النص قد أخذ به وسار عليه ، وفي سبيل ذلك خرج على نصوص التشريع ، فالمشروع لم يأت بجديد ، بل قن ما سار عليه القضاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٢ — ص ٥١٣) .

وانظر أيضاً نصين تشريعيين قريبين لأن يكونا تطبيقاً لنفس المبدأ ، هما المادتان ٩٢٥ و ٩٢٨ . فقد نصت المادة ٩٢٥ على ما يأتي : « ١ — إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها ، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة ، وإنما يجبر بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها . ٢ — إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامية يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها ، كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل » . ونصت المادة ٩٢٨ على ما يأتي : « إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك نظير تعويض عادل » .

(٢) انظر في ضرورة الإعذار في عهد التقنين المدني السابق : استئناف مختلط ٢٠ مارس =

المدين قبل مطالبته قضائياً بالتنفيذ العيني ، جاز للمدين ، حتى بعد المطالبة القضائية ، أن يتقدم للدائن بالتنفيذ العيني ، فيخسر الدائن في هذه الحالة مصروفات التقاضي ، ولا يصح كذلك أن يطالب الدائن المدين بتعويض عن تأخره في تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً . لأنه لم يعذره قبل المطالبة القضائية . على أن المطالبة القضائية ذاتها تعتبر إعداراً ، فيجب على المدين أن يبادر إلى تنفيذ التزامه بمجرد أن توجه له المطالبة القضائية ، وإلا كان مسئولاً عن تأخره .

ولما كان الإعدار إنما يكثر وقوعه عند المطالبة بالتعويض النقدي ، فرجىء الكلام في كيفيته وفي الآثار التي تترتب عليه إلى المكان الذي نتكلم فيه عن التنفيذ بطريق التعويض .

— سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١ — ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٣ — وانظر في عدم ضرورة الإعدار في ذلك العهد أيضاً : استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠١ — ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٩٧ — ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٣٠ — ونرى من ذلك أن القضاء كان منقسماً في هذه المسألة في عهد التقنين المدني السابق ، أما التقنين المدني الجديد فقد حسم الخلاف بنص صريح إذ أوجب الإعدار عند المطالبة بالتنفيذ العيني (م ٢٠٣ فقرة أولى) ، ومن ثم لا يلتفت إلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى مناقضاً لذلك ، فقد جاء في هذه المذكرة ما يأتي : « لا ضرورة للإعدار إذا كان الدائن يطالب بالوفاء عيناً لا بالوفاء بمقابل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٠) .

وانظر في ضرورة الإعدار في جميع الأحوال ، سواء كان الدائن يطالب بالتنفيذ العيني أو بالتعويض عن التأخير أو بالتعويض عن عدم التنفيذ : دي باج ٣ فقرة ٧٣ — فقرة ٧٤ — على أننا سنعود إلى الإعدار عند المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ ، فإن الرأي منقسم في ضرورة الإعدار في هذه الحالة

الفصل الثاني

كيف يكون التنفيذ العيني

٤١٢ — سألناه : نتكلم هنا في مسألتين :

(أولاً) موضوع التنفيذ العيني (المديونية) .

(ثانياً) وسائل التنفيذ العيني (المسئولية) .

الفرع الأول

موضوع التنفيذ العيني

٤١٣ — نفهم الالتزام بالنسبة إلى محله : موضوع التنفيذ العيني هو عين محل الالتزام . وقد رأينا أن الالتزام ينقسم ، بالنسبة إلى محله ، إلى أنواع ثلاثة :

(١) الالتزام بنقل ملكية أو حق عيني آخر .

(٢) الالتزام بعمل .

(٣) الالتزام بالامتناع عن عمل .

المبحث الأول

الالتزام بنقل ملكية أو حق عيني آخر

Obligation de donner

٤١٤ — سألناه : يجب التمييز هنا بين حالتين :

(الحالة الأولى) أن يكون محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم .

(الحالة الثانية) أن يكون محل الالتزام شيئاً لم يعين إلا بنوعه .

المطلب الأول

محل الالتزام شيء معين بالذات بملكية الملتزم

٤١٥ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

«الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل^(١) .»

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ١٤٥/٩١ و ١٤٦/٩٢ و ١٧٥/١١٨^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٤٧ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٧ ، ولا مقابل له في تقنين الموجبات والعقود اللبناني^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢١٠ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٤ — ص ٥١٦) .

(٢) وهذه هي نصوص التقنين المدني السابق :

م ١٤٥/٩١ : التعهد باعطاء شيء ينقل ملكيته بمجرد وجود التعهد إذا كان الشيء معيناً ومملوكاً للمتعهد — م ١٤٦/٩٢ : التعهد باعطاء حق عيني على عقار أو منقول ينقل ذلك الحق بشرط عدم الإخلال بحق الإمتياز والرهن العقاري والحبس — م ١٧٥/١١٨ : إذا كان الدين عيناً معينة ، جاز للدائن أن يتحصل على وضع يده عليها متى كانت مملوكة للمدين وقت التعهد أو حدث ملكه لها بعده ولم يكن لأحد حق عيني فيها . (وأحكام التقنين المدني الجديد لا تختلف عن هذه الأحكام) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٥ (مطابقة لنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٤٧ (مطابقة لنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدني المصري) . = (٤٩ الوسيط — ج ٢)

٤١٦ — نقل الملكية بسبق التزام بنقلها — التمييز بين المنقول

والعقار : ويتبين من هذا النص أن الالتزام بنقل حق عيني (obligation de donner) — سواء كان الحق العيني حق ملكية أو أى حق عيني آخر كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن — يتم تنفيذه من تلقاء نفسه ، فينتقل الحق العيني إلى الدائن بحكم القانون (de plein droit) ، إذا كان الشيء الذى يقع عليه الالتزام شيئاً معيناً بالذات (corps certain) يملكه المدين .

ويلاحظ أن التقنين الجديد سار على النظرية التقليدية من أن نقل الملكية يسبقه التزام بنقلها ، وهذا الالتزام يتم تنفيذه من تلقاء نفسه فنتقل الملكية إلى الدائن بحكم القانون ، وينقضى الالتزام بنقل الملكية بمجرد نشوئه . وهذا الوضع بقية تخلفت عن تقاليد القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ، حيث كانت الملكية لا تنتقل بالعقد^(١) .

ويجب فى هذا الصدد التمييز بين المنقول والعقار .

٤١٧ — الشيء الذى يقع عليه الالتزام منقول : فإذا كان الشيء

الذى يقع عليه الالتزام منقولاً وكان عيناً معينة مملوكة للمدين ، كسيارة معينة

= التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٠٧ (مطابقة لنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود البنائى : لا مقابل للنص — ولكن انظر فى عقد البيع المواد ٣٩٣ إلى ٣٩٥ — ولا خلاف فى الأحكام ما بين هذا التقنين والتقنين المدنى المصرى .

(١) ويذهب بنكاز (Bonnetcase) إلى أنه لا يوجد اليوم ما يمنع من القول بأن العقد ذاته ينقل الملكية دون افتراض التزام موهوم يسبق نقل الملكية ، وينقضى بمجرد أن ينشأ . ويكون للوصول إلى هذه النتيجة القول بأن العقد حرك القانون فجعله ينقل الملكية ، وبذلك يكون القانون لا العقد هو الذى رتب الأثر (انظر : التصرف القانونى والواقعة القانونية دروس لقسم الدكتوراه للمؤلف ص ٧٧) . على أنه فى بلد تتبع نظام السجل العقارى (Livre Foncier) يبرز التمييز بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل : فالعقد لا ينقل الملكية بنفسه بل يقتصر على إنشاء التزام بنقلها ، أما نقل الملكية بالفعل فلا يتم إلا بتسجيل العقد فى السجل العقارى . وفى فترة الانتقال التى تجتازها مصر اليوم إلى نظام السجل العقارى يبرز أيضاً هذا الفرق بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل ، فالعقد ينشئ التزاماً بنقل الملكية ، ولا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل .

بالذات أو مجوهرات تم اختيارها بأعيانها ، فان الالتزام بنقل حق عيني على هذا المنقول يتم تنفيذه بمجرد نشوئه . فاذا باع شخص سيارة معينة بالذات من آخر أو رهنها رهنًا حيازياً لضمان دين في ذمته ، كان ملتزماً بنقل ملكية السيارة إلى المشتري أو بترتيب حق رهن حيازي عليها لمصلحة الدائن المرتهن ، ومتى نشأ هذا الالتزام في ذمة المدين تم تنفيذه بمجرد نشوئه ، فتنقل ملكية السيارة فعلاً إلى المشتري أو يترتب حق الرهن فعلاً لمصلحة الدائن المرتهن ، وذلك دون حاجة إلى أى إجراء آخر من تسليم أو نحوه .

فلو أن صاحب السيارة باعها من (ا) ، ثم باعها مرة أخرى من (ب) ، ولم يسلمها لأى منهما ، انتقلت الملكية إلى (ا) المشتري الأول دون (ب) المشتري الثانى . فاذا سلمها إلى (ا) ، فانه يكون قد سلمها إلى مالكها . أما إذا سلمها إلى (ب) ، فان هذا يصبح مالكا للسيارة بشرط أن يكون حسن النية ، ولكنه لا يملكها بسبب البيع بل بسبب آخر هو الحيازة . وليس يمنع هذا من أن تكون ملكية السيارة قد انتقلت أولاً إلى (ا) بحكم البيع ، ثم انتقلت بعد ذلك إلى (ب) بحكم الحيازة . يدل على ذلك أن (ب) يتلقى الملكية في هذه الحالة لا من صاحب السيارة الأصلي الذى تجرد عن الملكية بالبيع الأول ، كما قدمنا ، بل من (ا) المشتري الأول الذى انتقلت إليه الملكية دون أن يتسلم السيارة (١) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « يتفرع على وجوب التنفيذ العيني وجوباً نافياً للتخيير أن الالتزام بنقل حق عيني يترتب عليه انتقال هذا الحق بحكم القانون ، متى كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات . ومؤدى هذا أن الالتزام بنقل حق عيني ينفذ بمجرد نشوئه ، وأن القانون نفسه هو الذى يتكفل له بترتيب هذا الأثر . ويجرى هذا الحكم فيما يتعلق بالمنقولات ، دون أن يرد على إطلاقه أى تحفظ أو قيد . فاذا صدر التصرف فى منقول معين بالذات من مالكه ، انتقل حق المالك فيه إلى المتصرف فور الوقت ، بل ولا تحول دون ذلك قاعدة (إزال الحيازة فى المنقول منزلة السند المثبت للملكية) بالنسبة لأول خلف يدلى إليه المالك بحقه . وقد يقع أن يدخل المنقول فى يد خلف ثان حسن النية ، تنتقل إليه الحيازة على أثر تصرف ثان يصدر من المالك نفسه بعد أن زالت عنه الملكية بمقتضى التصرف الأول . وقد تخلص الملكية لهذا الخلف الثانى ، ولكن الملكية لا تؤول إليه بمقتضى التزام بنقل حق عيني ، بل بطريق آخر من طرق كسب الحقوق العينية هو طريق الحيازة . ومن الجائز أن يقال إن ملكية المنقول قد انتقلت أولاً إلى الخلف الأول بمقتضى التزام المالك بنقل حق عيني ، ثم آلت منه إلى الخلف الثانى من طريق الحيازة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٤ - ص ٥١٥) .

٤١٨ — الشيء الذي يقع عليه الالتزام عقار : أما إذا كان الشيء

الذي يقع عليه الالتزام عقاراً معيناً بالذات ومملوكاً للمدين ، كدار أو أرض محددة ، فإن الالتزام بنقل حق عيني على هذا العقار لا يتم تنفيذه بمجرد نشوئه ، بل يجب مراعاة قواعد التسجيل بالنسبة إلى الحقوق العينية الأصلية كالملكية والارتفاق والانتفاع ، وقواعد القيد بالنسبة إلى الحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي والاختصاص ورهن الحيازة . على أن عدم التسجيل لا يمنع من نشوء الالتزام بنقل الملكية أو الحق العيني ، لأن هذا الالتزام إنما ينشأ من العقد ، والتسجيل إنما ينفذ الالتزام لا ينشئه (١) .

فاذا باع صاحب الدار داره من آخر ، لم تنتقل ملكية هذه الدار إلى المشتري ، سواء كان ذلك بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين ، إلا بتسجيل عقد البيع . وإذا رهنها في دين عليه ، لم ينشأ حق الرهن لمصلحة الدائن ، بالنسبة إلى الغير ، إلا بقيد الرهن . وقبل تسجيل البيع يبقى الالتزام بنقل الملكية ديناً في ذمة البائع ، يترأخى تنفيذه إلى وقت التسجيل . ويكون البائع في الوقت ذاته ملتزماً بأن يقوم بالأعمال اللازمة لتسجيل البيع ، وأخصها التصديق على الإمضاء ، فاذا لم يتم بهذا الالتزام استطاع المشتري أن يحصل على حكم من القاضي بثبوت البيع أو بصحته ، وقام الحكم مقام العقد المصدق عليه ، فاذا سجله المشتري انتقلت إليه الملكية (انظر م ٢١٠ مدني) . أما الالتزام بإنشاء رهن على العقار فلا يخضع للتسجيل . ومتى تم عقد الرهن ، ونشأ بموجبه التزام الراهن بترتيب حق الرهن على العقار ، فإن هذا الالتزام يتم تنفيذه بمجرد نشوئه وفقاً للقاعدة العامة ، ولكن ذلك يقتصر على العلاقة فيما بين الراهن والمرتهن ، ويكون القيد ضرورياً في سريان الرهن في حق الغير (٢) .

(١) نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٣ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٣ ص ١٥٤ — ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ — ٤ يونيو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٤ ص ١١٥٠ .

(٢) يذهب الأستاذ شفيق شحاته في كتابه « النظرية العامة للتأمين العيني سنة ١٩٥٢ ص ٤١ — ص ٤٣ » إلى : « أن التأمين العيني باعتباره كذلك ليس مصدره العقد ولا أمر القاضي ، ولا يكون مصدره المباشر نص القانون إلا في بعض الأحوال الخاصة . أما المصدر الحقيقي للرهن الرسمي فهو واقعة القيد ، وكذلك الأمر بالنسبة إلى حق الاختصاص والرهن =

على أن الحق العيني العقاري — ملكية كان أو حقاً آخر — الذى ينتقل للدائن يكون خاضعاً للحقوق العينية العقارية الأخرى التى تكون قد حفظت من قبل

= الحيازى العقاري وحقوق الامتياز العقارية الخاصة . والمصدر المباشر لرهن المنقول هو واقعة التسليم ... أما العقد فلا يمكن أن يتولد عنه التأمين العيني بما يستتبعه من حق التقديم وحق التبعية ، ذلك أن العقد يقتصر أثره فى الأصل على المتعاقدين ولا يتعداهما ، فى حين أن التأمين العيني يظهر أثره ابتداءً فى حق الغير . ولذلك فهو لا ينشأ إلا عن تلك الواقعة القانونية التى جعلها القانون مصدراً للتأمين العيني . وليس صحيحاً ما يقال من أن عقد الرهن ينشئ حق الرهن فيما بين المتعاقدين وأن القيد يجعل هذا الحق نافذاً على الغير . فالواقع أن حق الرهن لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ عن عقد الرهن . وهو إذا نشأ كان حتماً نافذاً فى حق الغير ، وإلا لما كانت هناك فائدة فى وجوده . ولذلك نقول إن الرهن مصدره القيد أو التسليم بحسب الأحوال ، لا العقد أو الأمر . على أن العقد أو الأمر أو نص القانون يعتبر السبب القانونى للقيد أو للتسليم ، ولا يكون القيد أو التسليم منتجاً لأثره إلا أن كان مستنداً إلى عقد صحيح أو أمر صادر من القاضى أو نص وارد فى القانون .

ونلاحظ على هذا القول ما يأتى :

(أولاً) يذهب الأستاذ شفيق شحاته إلى أن الرهن كحق عيني — لا كمقد — لا يمكن أن يكون له أثر إلا فى حق الغير . وعندنا أن حق الرهن بهذا الوصف ينتج آثاراً فيما بين المتعاقدين الراهن والمرتهن ، تتلخص فيما نصت عليه المادة ١٠٤٧ من التقنين المدنى من أنه « يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن . وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه انقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً ، وله فى حالة الاستعجال أن يتخذ مايلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق فى ذلك » . هذا إلى ما يقيد حق الرهن من سلطة الراهن فى إيجار العين المرهونة وفى قبض أجرها مقدماً (م ١٠٤٥ — ١٠٤٦ مدنى) . وكذلك الأمر فى رهن الحيازة ، فإن الراهن يضمن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتى عملاً ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، وللدائن المرتهن فى حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التى تلزم المحافظة على الشيء المرهون (م ١١٠١ مدنى) . بل إن أثر رهن الحيازة — كحق لا كمقد — بالنسبة إلى الدائن المرتهن أوسع مدى ، إذ تنص المادة ١١٠٣ من التقنين المدنى على أنه « إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، فعليه أن يبذل فى حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبى لا يدله فيه » . وليس هذا الالتزام إلا حلقة فى سلسلة من الالتزامات يفرضها القانون على الدائن المرتهن فى استثمار الشيء المرهون وفى إدارته وفى رده بعد استيفاء الحق المضمون بالرهن (انظر المواد ١١٠٤ — ١١٠٧ من التقنين المدنى) . ولا يجوز القول إن هذه الآثار فيما بين المتعاقدين إنما تترتب على الرهن كمقد لا كحق ، فإن نصوص التقنين المدنى صريحة فى أن للرهن آثاراً يرتبها تارة فيما بين المتعاقدين وأخرى بالنسبة إلى الغير ، ولفظ « الرهن » مستعمل بمعنى الحق لا بمعنى العقد فى الحالتين .

(ثانياً) وما دام أن حق الرهن ينتج آثاراً فيما بين المتعاقدين ، وذلك قبل القيد ، فهذا =

بالسجل أو بالقيـد . فالمشترى للعقار تنتقل إليه ملكيته بتسجيل عقد البيع ، ولكنها تنتقل مثقلة بحق رهن قيد أو حق ارتفاق سجل قبل تسجيل عقد البيع^(١) . والكلام فى أحكام التسجيل والقيـد له مكان آخر .

المطلب الثانى

محل الالتزام شىء لمن يعين إلا بنوعه

٤١٩ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

= معناه أن حق الرهن قد نشأ قبل إجراء القيد . فلا يمكن أن يكون القيد هو مصدره ، بل يتعين أن يكون هذا المصدر هو العقد . وإذا كان الإجماع قد انعقد على أن سبب الملكية إنما هو العقد لا التسجيل ، فأولى إن يقال أن الرهن ينشأ عن العقد لا عن القيد ، إذ الرهن يوجد فيما بين المتعاقدين قبل القيد كما قدمنا أما الملكية فلا تنتقل فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل .

(ثالثاً) أما القول بأن القيد وحده هو الذى ينفى حق الرهن ، فيستتبع حتماً القول بأن التسجيل وحده هو الذى ينقل الملكية . ومن الواضح أن نظام الشهر فى مصر — ولم يتم حتى اليوم إدخال السجل العقارى فى هذا النظام — لا يسمح بهذا القول . فالملكية عندنا ، إلى أن يدخل نظام السجل العقارى ، تنتقل بالعقد المسجل لا بالتسجيل فى ذاته .

(انظر فى ذلك : التصرف القانونى والواقعة القانونية ، دروس فى قسم الدكتوراه للمؤلف ص ١٢٧ — ص ١٢٩) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما العقارات فتحول قواعد التسجيل دون تنفيذ الالتزام بنقل الحق العيى فيها فور الوقت ، ويشفع الالتزام بنقل الحق العيى فى هذه الحالة بالالتزام بعمل ، قوامه وجوب اشتراك مالك العقار فى تيسير إجراء التسجيل ، ولا سيما من طريق التصديق على إمضائه . وعلى هذا النحو يظل تنفيذ الالتزام بنقل الحق العيى على التراضى فترة من الزمن ، وهذه هى علة التفريق فى هذا المقام بين مجرد الالتزام بنقل الملكية وبين انتقالها فعلاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٥) — انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦ .

« ويتفرع على ماتقدم — كما تقول المذكرة الإيضاحية — أن للدائن أن يتسلم الشىء المعين بذاته الذى التزم المدين أن يدل به إليه ، منقولاً كان أو عقاراً ، بتوافر شرطين : أولهما أن يكون هذا الشىء مملوكاً للمدين وقت إنشاء الالتزام ، أو أن تكون ملكيته قد آلت إليه بعد ذلك . والثانى ألا يكون قد ترتب على المعقود عليه حق عيى لأحد من الأغيار ، كخلف ثان يجوز منقولاً بحسن نية أو مشتر آخر آل إليه عقار بمقتضى عقد سبق تسجيله . وقد نص على هذا الحكم فى المادة ١٧٥/١١٨ من التقنين الحالى (السابق) . ولم ير المشروع محلاً للتنويه به ، باعتبار أنه يستخلص من دلالة ماتقدم من القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٥) .

١ - إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه ، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء .

٢ - فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ، بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء ، من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض^(١) .

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٦ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٤٨ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٨ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٥٠ فقرة أولى وفقرة ثانية^(٢) .

٤٢٠ - الفرق بين الشيء المعين بالذات والشيء الذي لم يعين إلا

بنوعه : ويتبين من هذا النص أن الالتزام بنقل حق عيني على شيء غير معين بالذات لا يتم تنفيذه من تلقاء نفسه ، ولا ينتقل الحق العيني إلى الدائن بحكم

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢١١ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٧ - ص ٥١٨) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٦ (مطابقة لنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني العراقي م ٢٤٨ (مطابقة لنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٠٨ (مطابقة لنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدني المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٠ : ولا ترعى هذه القاعدة (الوفاء عيناً) في موجبات الأداء فقط ، بل في موجبات الفعل وموجبات الامتناع أيضاً . ويحق للدائن أن يطلب من المحكمة الترخيص له في أن ينفذ بنفسه موجب الفعل على حساب المديون . (والحكم لا يختلف في التقنين اللبناني عنه في التقنين المصرى) .

القانون على خلاف ما رأينا في الشيء المعين بالذات . والسبب واضح : ذلك أن الشيء قبل تعيينه غير معروف ، فهناك إذن استحالة طبيعية في أن تنتقل ملكيته أو أى حق عيني آخر يتعلق به إلى الدائن قبل هذا التعيين .

٤٢١ — **الشيء غير المعين نقود** : فإذا كان الشيء الذى لم يعين إلا بنوعه نقوداً ، فقد رأينا عند الكلام في محل العقد أن المدين يلتزم بقدر عددها المذكور في العقد^(١) ، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر (م ١٣٤ مدنى). ورأينا أن السعر الإجبارى (cours forcé) للورق النقدى ، مهما انخفض هذا السعر من جراء التضخم ، لا يغير شيئاً في حكم هذه القاعدة ، وأن الاتفاق على الدفع بسعر الذهب (clause or) باطل لمخالفته للنظام العام ، سواء كان ذلك في التعامل الداخلى أو في التعامل الدولى^(٢) .

فإذا كان على المدين أن يدفع للدائن قدراً معيناً من النقود ، وجب أن يدفع له هذا القدر العددى دون زيادة أو نقص ، ولا تنتقل ملكيته من المدين إلى الدائن إلا عند القبض . والسبب في ذلك أن من خصائص النقود أن أى مقدار منها لا يتعين إلا بقبضه ، ولا يكفى فيه الإفراز . فلو أن المدين أفرز من ماله خمسين جنياً هو القدر الواجب دفعه للدائن ، لم تنتقل ملكية هذا المقدار إلى الدائن بمجرد الإفراز ، بل تبقى النقود على ملك المدين ، وله أن يعدل عن دفع ما أفرزه وأن يفرز مقداراً آخر بدلا منه ، ولا تنتقل ملكية النقود إلى الدائن إلا عند قبضها . والتنفيذ العيني بدين من النقود ممكن دائماً ، طوعاً أو جبراً ، ويكون جبراً بطريق التنفيذ على مال المدين وبيعه واستقصاء الدين نقداً من الثمن .

٤٢٢ — **الشيء غير المعين ليس نقوداً** : أما إذا كان الشيء الذى لم يعين إلا بنوعه ليس نقوداً ، فإن انتقال ملكية هذا الشيء ، أو أى حق عيني آخر يتعلق به

(١) أو المقدر في الحكم في حالة التعويض عن المسئولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب أو الالتزامات القانونية .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٤ — فقرة ٢٢٦ — قارن : نقض مدنى ٩ ديسمبر

سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣١ ص ٢٤٤ .

إلى الدائن يكون بالإفراز ولو قبل التسليم . فلو أن شخصاً باع من آخر مائة قنطار من القطن أو خمسين إردباً من القمح ، لم تنتقل الملكية إلى المشتري بمجرد البيع ، لأن القطن أو القمح لم يتعين ، فلا يتصور انتقال الملكية . فإذا ما تم التعيين ، ويكون ذلك بإفراز كمية من القطن أو القمح معادلة للمقدار المحدد بقصد تسليمها للمشتري ، أصبح المبيع شيئاً معيناً بالذات ، وانتقلت ملكيته إلى المشتري بهذا الإفراز دون حاجة في هذا إلى التسليم . ويترتب على ذلك أن البائع لو أفرز المقدار المبيع بقصد تسليمه إلى المشتري ، ووضع في مكان معين — شونة أو مخزن — ثم دعا المشتري لتسلمه بطريق الإعذار ، فتخلف هذا بغير عذر ، ثم احترقت الشونة أو المخزن بغير خطأ من البائع ، هلك المبيع على المشتري لأنه ملكه وانتقلت في الوقت ذاته تبعة الهلاك إليه بالرغم من أنه لم يكن قد تسلمه .

على أن المألوف في التعامل هو أن يكون إفراز الشيء عند تسليمه إلى المشتري ، فيتم الإفراز والتسليم في وقت واحد . ومن ثم يقال في بعض الأحيان إن الملكية تنتقل بالتسليم على اعتبار أن الإفراز لم يتم إلا عند التسليم ، لا على اعتبار أن التسليم هو الذي ينقل الملكية .

ويلاحظ من جهة أخرى أن الشيء الذي لم يعين إلا بنوعه إذا كان عقاراً — كما إذا باعت إحدى شركات أراضي البناء كذا متراً من الأرض دون تعيين — فإن ملكية الأرض المبيعة لا تنتقل إلى المشتري بالتعيين ، بل ولا بالتسليم ، وإنما تنتقل بالتسجيل الذي لا يتم طبعاً إلا بعد التعيين ، ويصبح المشتري مالكا للأرض المبيعة بتسجيل عقد البيع ولو قبل التسليم .

٤٢٣ — كيف يكون التنفيذ إذا امتنع المدين عن الإفراز : وإذا

لم يقم المدين بتنفيذ التزامه من إفراز الشيء على النحو المتقدم وتسليمه للدائن ، جاز لهذا أن يطالب بالتنفيذ عيناً أو تعويضاً .

والتنفيذ العيني يكون بحصول الدائن على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين . ويقوم الدائن نفسه بشرائه ، ويرجع بالثمن والمصروفات على المدين ، بل ويرجع أيضاً بالتعويض عما قد يكون أصابه من خسارة بسبب تأخر المدين في تنفيذ التزامه . والأصل أن الدائن يستأذن القاضي في ذلك ، ويكون الاستئذان عن طريق الدعوى والحصول على حكم بشراء الشيء والرجوع على المدين بما تقدم ييانه . فإذا

كانت الظروف لا تحتل الإبطاء ، وكان الانتظار طول الوقت الذي يستغرقه استصدار الحكم يحدث ضرراً بليغاً بالدائن ، كان له دون حكم - ويحسن أن يكون ذلك بعد إعدار المدين - أن يقوم بالشراء ، ثم يرجع بالثمن والمصروفات والتعويض على المدين عن طريق الدعوى ، وهنا يتمكن القاضي من بسط رقابته على تصرف الدائن ، والتثبت من أن الظروف كانت تبرر هذا التصرف الاستثنائي فيحكم له بما طلب ، أو أنه كان متسرعاً فيخفف المبلغ المطلوب بمقدار ما عاد على المدين من الخسارة بسبب هذا التسرع (١) .

أما التنفيذ بطريق التعويض فيكون بمطالبة المدين بقيمة الشيء نقداً مع التعويض عن التأخر في التنفيذ . وتجري هذه المطالبة وفقاً للقواعد العامة التي سأتى ذكرها عند الكلام في التنفيذ بطريق التعويض (٢) .

المبحث الثاني

الالتزام بعمل

(obligation de faire)

٤٢٤ - أقسام الالتزام بعمل : رأينا أن الالتزام العقدي ينقسم

- (١) انظر قريباً من هذا المعنى ديموج ٦ فقرة ٩ .
- (٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « إذا كان محل الالتزام بنقل حق عيني شيئاً معيناً بنوعه ، فلا يتيسر التنفيذ عيناً إلا بفرض المعقود عليه . وللدائن أن يطالب بالتنفيذ على هذا الوجه ولو امتنع المدين عن ذلك ، ويكون من واجب الدائن أن يعذر المدين في هذه الحالة ليثبت عليه امتناعه ، ثم يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ، بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه عند الاستعجال . وللدائن كذلك أن يتخذ من الامتناع عن التنفيذ عيناً ذريعة للمطالبة بتعويض نقدي يعادل قيمة الشيء . ولا يكون أساس هذه المطالبة استحالة التنفيذ ، وإنما يكون أساسها استيفاء الدائن للتعويض دون ممانعة من المدين ، ذلك أن من حق المدين أن يؤدي عين المعقود عليه لا قيمته . وللدائن في كلتا الحالتين ، حالة الوفاء عيناً وحالة الوفاء بمقابل ، أن يقتضى فوق ذلك ما يجب له من تعويض عن التأخر في التنفيذ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٧) . وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦ .

إلى التزام بتحقيق غاية (obligation de résultat) والالتزام ببذل عناية (obligation de moyen). ويمكن القول إن كل التزام — عقدياً كان أو غير عقدي — يكون إما التزاماً بغاية أو التزاماً بعناية^(١). فالالتزام بنقل حق عيني هو دائماً التزام بغاية. وكذلك هو شأن الالتزام بالامتناع عن عمل^(٢). أما الالتزام بعمل فيكون في بعض صورته التزاماً بعناية، ويكون في صور أخرى أخرى التزاماً بغاية. فإذا كان التزاماً بغاية، فهو لا يعدو أن يكون التزاماً بتسليم شيء أو التزاماً بانجاز عمل معين.

ومن ثم ينقسم الالتزام بعمل أقساماً ثلاثة: (١) التزاماً ببذل عناية (٢) التزاماً بتسليم شيء (٣) التزاماً بانجاز عمل معين. ونستعرض كلا من هذه الأقسام.

المطلب الأول

الالتزام ببذل عناية

٤٢٥ — النصوص القانونية: تنص المادة ٢١١ من التقنين المدني على ما يأتي:

« ١ — في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته، أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك».

(١) الوسيط جزء أول ص ٦٥٩ هامش رقم ١.

(٢) ولا يقال إن الالتزام بعدم الإضرار بالغير التزام بالامتناع عن عمل وهو في الوقت ذاته التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق غاية، فالصحيح أن هذا الالتزام ليس التزاماً بالامتناع عن الإضرار بالغير، بل هو التزام باتخاذ الحيلة الواجبة لعدم الإضرار بالغير. فهو التزام بعمل، وليس التزاماً بالامتناع عن عمل، ومن ثم صح أن يكون التزاماً ببذل عناية.

« ٢ - وفي كل حال يبقى المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم^(١) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به
دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادة ٢١٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٥١ ، وفي التقنين المدني الليبي
المادة ٢١٤^(٢) . ولا مقابل له في تقنين الموجبات والعقود اللبناني^(٣) .

وتنص المادة ٢٠٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

« الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه
حتى التسليم^(٤) » .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به
دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

(١) تاريخ النص : سبق أن استعرضنا تاريخ هذا النص (انظر الوسيط الجزء الأول ص
٦٥٨ هامش رقم ١) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢١٢ (مطابقة لنص المادة
٢١١ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٥١ (تتفق في الحكم مع المادة ٢١١ من التقنين المدني المصري، وإن
اختلفت اختلافاً طفيفاً في الصيغة) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢١٤ (مطابقة لنص المادة ٢١١ من التقنين المدني
المصري) .

(٣) إذا كان لا يوجد مقابل لهذا النص في تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، فلنا نرى
مانعاً ، والتقنين اللبناني يستقي مبادئه العامة من نفس المصادر التي يستقي منها التقنين المصري ،
من سريان هذا الحكم كبداً عام من مبادئ التقنين اللبناني (انظر في تطبيقات خاصة لهذا المبدأ :
م ٥٦٨ لبناني في عقد الإيجار - م ٦٩٦ في عقد الوديعة - م ٧٢٢ في الحراسة - م ٧٤٦ -
٧٤٨ في عقد العارية - م ٧٨٥ - ٧٨٦ في عقد الوكالة) .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق
لما استقر عليه في التقنين الجديد ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢١٢ من المشروع النهائي،
ثم مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٩ -
ص ٥٢٠) .

المادة ٢٠٧ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٩ (١) . ولا مقابل له في كل من التقنين المدني العراقي وتقنين الموجبات والعقود اللبناني (٢) .

٤٢٦ - الالتزام ببذل عناية تتعلق بشيء أو بعمل : وقد أوردت

المادة ٢١١ مدني ضروب الالتزام ببذل عناية . فهذا الالتزام إما أن يكون متعلقاً بشيء أو متعلقاً بعمل .

فاذا كان متعلقاً بشيء ، فهو إما أن يكون : (١) المحافظة على هذا الشيء ، كالتزام المودع عنده بالمحافظة على الشيء المودع (م ٧٢٠ مدني) ، والالتزام المستعير أو المستأجر بالمحافظة على الشيء المعار أو العين المؤجرة (م ٦٤١ وم ٥٨٣ مدني) ويدخل في ذلك أيضاً الالتزام بالمحافظة على الشيء الذي يتضمنه الالتزام بنقل الحق العيني ، فقد رأينا المادة ٢٠٦ تقضي بأن الالتزام بنقل حق عيني يتضمن التزاماً بعمل في قسمين من الأقسام الثلاثة للالتزام بعمل ، فيلتزم المدين بأن يحافظ على الشيء وهذا التزام ببذل عناية ، وأن يسلمه للدائن وهذا التزام بالتسليم . مثل ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، فهو يتضمن التزاماً بتسليم المبيع إلى المشتري والالتزام بالمحافظة عليه حتى وقت التسليم (انظر المواد ٤٣١ و ٤٣٧ - ٤٣٨ مدني) . (٢) أو يكون إدارة هذا الشيء ، ويتضمن هذا بطبيعة الحال المحافظة عليه ، وذلك كالتزام المرتهن رهن حيازة بإدارة العين المرهونة لاستثمارها استثماراً كاملاً (م ١١٠٤ فقرة ثانية مدني) ، وكالتزام الوكيل في الإدارة بإدارة العين الموكول إليه إدارتها (م ٧٠١ مدني) . وقد تكون إدارة الشيء لمصلحة الدائن كما في الوكيل بالإدارة ، أو لمصلحة المدين كما في المستأجر عند ما ينتفع بلعين ، أو لمصلحتهما معاً كما في الدائن المرتهن رهن حيازة عند ما يستثمر العين المرهونة .

وإذا كان الالتزام ببذل عناية متعلقاً بعمل ، كالطبيب يلتزم بعلاج المريض

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٧ (مطابقة للمادة ٢٠٦ من

التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٠٩ (مطابقة للمادة ٢٠٦ من التقنين المدني المصري) .

(٢) ولكن يعمل بهذا الحكم في كل من التقنين العراقي واللبناني ، تطبيقاً للمبادئ العامة .

والمحامي يلتزم بالدفاع عن مصالح موكله أمام القضاء (وهذا غير النيابة عنه) ،
كان العمل المطلوب من المدين هو توخى الحيلة في القيام بالعمل الموكل إليه .
فالطبيب عليه أن يتوخى أصول صناعة الطب المعروفة في العلاج ولا عليه أن
يشفى المريض ، والمحامي عليه أن يبذل العناية المألوفة في الدفاع عن مصالح موكله
ولا عليه أن يكسب القضية .

٤٢٧ — العناية المطلوبة في الالتزام ببذل عناية : ويعتبر المدين ،
في جميع هذه الأحوال ، أنه قد وفى بالتزامه ، إذا هو — كما يقول النص — بذل
في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولولم يتحقق الغرض المقصود ،
فأنفق العمل ، أو هلك الشيء المحفوظ ، أو انتهت إدارته بالخسارة .

وقد يوجب القانون أو الاتفاق عناية أكثر أو أقل من عناية الشخص
العادى . ففي العارية أوجب القانون عناية أكبر (م ٦٤١ مدنى) . وفي الوديعة
أوجب عناية أقل (م ٧٢٠ مدنى) . وإذا اتفق المدين والدائن على عناية أقل أو
أكثر ، جاز ذلك . على أنه لا يجوز الاتفاق على التخفيف من العناية إلى الحد
الذى لا يكون المدين فيه مسئولاً عما يأتبه من غش أو خطأ جسيم^(١) .

٤٢٨ — أهلية : وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في المسئولية
العقدية ، فنكتفى هنا بالإحالة إليها^(٢) .

المطلب الثانى

الالتزام بالتسليم

٤٢٩ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٧ من التقنين المدنى
على ما يأتى :

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٧ —
ص ٥٠٨ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٢٨ — فقرة ٤٢٩ وفقرة ٤٤٠ .

« ١ - إذا التزم المدين أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر ، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن » .

« ٢ - ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ولو أعذر ، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه ، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعه الحوادث المفاجئة » .

« ٣ - على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ، فإن تبعه الهلاك تكون على السارق^(١) » .

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٨ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢١٠^(٢) ، أما التقنين المدني العراقي فقد اشتمل في هذه المسألة على سلسلة من النصوص (م ٤٢٦ إلى ٤٢٨) سيأتي ذكرها عند الكلام في استحالة التنفيذ كسبب من أسباب انقضاء الالتزام . ولا مقابل للنص في تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، ولكن يبدو أن المبادئ العامة لهذا التقنين لا تمنع من تطبيق هذه الأحكام .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ٢١٣ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ أدخلت بعض تعديلات لفظية أخرى ، وذكر أن المقصود بالهلاك والضياع المشار إليهما في الفقرة الثالثة « الهلاك الكلى أو الجزئى وضياع نفس مادة الشيء أو عدم صلاحيته لغرض المطلوب ولو كان يصلح لغرض آخر » . وأصبح النص مطابقاً وصار رقمه ٢٠٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢١ وص ٥٢٣ - ص ٥٢٤) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٨ (مطابقة لنص المادة ١٠٧ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢١٠ (مطابقة لنص المادة ٢٠٧ من التقنين المدني المصرى) .

٤٣٠ — الالتزام بالتسليم قد يكون التزاماً مستقلاً وقد يكون

الالتزام تبعياً : قد يكون الالتزام بالتسليم التزاماً مستقلاً ، فيكون منذ البداية التزاماً بعمل . مثل ذلك التزام المستأجر برد العين المؤجرة ، والتزام المستعير برد العين المعارة ، والتزام المودع عنده برد الشيء المودع ، والتزام المرتهن حيازة برد العين المرهونة .

وقد يكون الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً يتضمنه الالتزام بنقل حق عيني على النحو الوارد في المادة ٢٠٦ وقد تقدم ذكرها . مثل ذلك التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري ، والتزام الشريك بتسليم حصته إلى الشركة ، وكلا الالتزامين قد تضمنه التزام بنقل حق عيني إما إلى المشتري وإما إلى الشركة (١) .

وسواء كان الالتزام بالتسليم التزاماً مستقلاً أو التزاماً تبعياً ، فإن تنفيذه يكون بتسليم المدين الشيء إلى الدائن ، وفقاً لأحكام القواعد العامة في التسليم . فإذا لم ينفذ المدين التزامه طوعاً ، أجبر على التنفيذ عيناً أو عن طريق التعويض بحسب الأحوال .

٤٣١ — تبعة هلاك الشيء قبل التسليم : ويستوقف النظر في هذا

الالتزام بحث تبعة هلاك الشيء إذا هلك قبل التسليم . فإذا فرض أن الشيء هلك قضاء وقدرأ ، فعلى من تقع تبعة الهلاك ؟ هنا يجب التمييز بين أن يكون الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً أو التزاماً أصلياً .

فإذا كان الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً يتضمنه التزام بنقل حق عيني ، فالأصل أن الهلاك يكون على المدين بالتسليم ، ولو أنه أصبح غير مالك إذ انتقلت الملكية إلى الدائن تنفيذاً للالتزام الأصلي بنقل الملكية . ويرر هذه القاعدة أن الالتزام بالتسليم في هذه الحالة ليس في حقيقته إلا التزاماً مكملًا للالتزام بنقل الملكية ، إذ لا تخلص الملكية فعلاً للدائن إلا بالتسليم . ومن ثم كان الهلاك على المدين ، وهو مدين بنقل الملكية وبالتسليم معاً . وقد طبق التقنين المدني الجديد هذه القاعدة في كل من البيع والقسمة . فنصت المادة ٤٣٧

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦ .

على أنه « إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع »^(١) . ونصت الفقرة الأولى من المادة ٥١١ على أنه « إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أى حق عيني آخر ، فإن أحكام البيع هي التي تسري في ضمان الحصة إذا هلكت ... »^(٢) .

أما إذا كان الالتزام بالتسليم التزاما مستقلا ، فالهلاك يكون على المالك . ويغلب أن يكون هو الدائن بالتسليم ، كما رأينا ذلك في الالتزام بالرد نحو المؤجر والمعير والمودع والراهن حيازة . ولكن قد يكون المالك هو المدين بالتسليم ، كما في التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر . وذلك أن الأصل في الهلاك أن يكون على المالك (res perit domino) ، فهو الذى يكسب الغنم وهو الذى يتحمل الغرم . ولم يزحزح هذه التبعة عن المالك إلى المدين بالتسليم في الالتزام التبعي إلا اعتبار أن الالتزام التبعي بالتسليم مكمل للالتزام بنقل الملكية كما قدمنا . أما هنا فالالتزام مستقل ، ومن ثم رجعنا إلى الأصل ، فكان الهلاك على المالك . وقد أورد التقنين المدنى تطبيقات كثيرة لهذا المبدأ ، نذكر منها ما ورد في عقود الإيجار والعارية والوديعة ورهن الحيازة . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٦٩ على أنه « إذا هلكت العين المؤجرة أثناء الإيجار هلاكا كلياً انفسخ العقد من

(١) أما في التقنين المدنى الفرنسى (م ١١٢٨ و م ١٦٢٤) ، فالهلاك على المشتري حتى قبل التسليم ، إذ أن الهلاك على المالك (res perit domino) ، سواء كان الالتزام بالتسليم مستقلا أو تبعياً ، وقد أصبح المشتري بالبائع مالكا ، فيحمل تبعة الهلاك حتى قبل أن يتسلم المبيع . انظر في أن الهلاك في القانون الفرنسى لا يكون على المشتري قبل التسليم إلا باعتباره مالكا ، فإذا تراخى نقل الملكية إلى ما بعد التسليم فإن الهلاك لا يكون عليه بل يكون على البائع : بودرى وبارد ١ فقرة ٤٢٣ — فقرة ٤٢٤ .

(٢) وكان التقنين المدنى السابق يجعل تبعة هلاك الحصة ، إذا كانت عيناً معينة ، على الشركة حتى قبل التسليم ، فقد كانت المادة ٤٢٤/٥١٦ من هذا التقنين تنص على أنه « إذا كانت حصة الشريك في رأس المال حق ملكية في عين معينة أو حق انتفاع فيها ، انتقل الحق في ذلك بمجرد عقد الشركة لجميع الشركاء ، وكان عليهم تلفه » . وكان هذا الحكم في التقنين المدنى السابق مخالفاً لمبدئه العام الذى كان يجعل الهلاك على المدين بالتسليم لا على المالك كما رأينا في البيع . وقد أزال التقنين المدنى الجديد هذا التعارض ، وجعل الهلاك على المدين بالتسليم دائماً ما دام الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً يتضمنه التزام بنقل الملكية ، يستوى في ذلك البيع والشركة كما رأينا .

(٥٠ الوسيط — ج ٢)

تلقاء نفسه». فتبعة الهلاك هنا على المالك وهو المؤجر ، لا على المدين بالرد وهو المستأجر (١) . ونصت الفقرة الأولى من المادة ٥٨٤ على أن «المستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه» . وهذا تطبيق خاص بالهلاك بسبب الحريق ، فاذا نشأ الحريق بسبب أجنبي — وعاء الإثبات على المستأجر — كان الهلاك على المالك أى على المؤجر . ونصت الفقرة الأولى من المادة ٥٩١ على ما يأتى : «على المستأجر أن يرد العين المؤجرة بالحالة التى تسلمها عليها ، إلا ما يكون قد أصاب العين من هلاك أو تلف لسبب لا يد له فيه» . وهنا أيضا ترديد للمبدأ ذاته فى حالة قيام المستأجر بتنفيذ التزامه بالرد ، فهلاك العين بسبب أجنبي فى هذه الحالة لا يكون عليه بل على المالك وهو المؤجر الدائن بالرد . ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٤١ على أن المستعير يكون فى كل حال «ضامنا لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة وكان فى وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص أو كان بين أن ينقذ شيئا مملوكا له أو الشيء المعار فاختر أن ينقذ ما يملكه» . وهنا جعلت تبعة هلاك الشيء المعار بسبب أجنبي فى الأصل على المالك وهو المعير ، طبقا للمبدأ العام الذى قدمناه . وإنما اختار المشرع فرضين ، فهما يهلك الشيء بسبب أجنبي ولكن المستعير كان يستطيع إنقاذه بتضحية ماله الخاص ، فجعل الهلاك فى هذين الفرضين لا على المعير وهو المالك والدائن بالرد ، بل على المستعير وهو المدين بالرد لأنه كان ينتفع بالشيء دون مقابل . وفى الوديعة يلتزم المودع عنده برد الشيء المودع كما تقضى بذلك المادة ٧٢٢، إلا أنه إذا هلك الشيء بسبب أجنبي، كان الهلاك على المالك وهو المودع ، تطبيقا للمبدأ العام . وفى رهن الحيازة نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٠٢ على أن «يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعا لخطأه أو ناشئا عن قوة قاهرة» . ونصت المادة ١١٠٣ على أنه «إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، فعليه أن يبذل فى حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه» . فهلاك

(١) كذلك إذا هلكت العين المؤجرة قبل تسليمها للمستأجر ، فإن الهلاك يكون على المؤجر ، وهو هنا المدين بالتسليم ، ولكنه هو المالك للعين فيحمل تبعة الهلاك كما قدمنا (قارب م ٥٦٤ — ٥٦٥ مدنى) .

العين المرهونة بسبب أجنبي على المالك وهو الراهن الدائن بالرد، لا على المرتن وهو المدين بالرد .

٤٣٢ — أمر الإعذار في تحمل تبعة الهلاك : ويتبين مما تقدم أن تبعة الهلاك في الالتزام بالتسليم تكون على المدين بهذا الالتزام إذا كان التزاما تبعيا ، وتكون على المالك إذا كان التزاما مستقلا . غير أن الإعذار ينقل تبعة الهلاك من طرف إلى الطرف الآخر في كلتا الحالتين .

فإذا كانت تبعة الهلاك على المدين كما في البيع قبل التسليم ، وأعذر البائع المشتري طالبا إليه أن يتسلم المبيع ، وهلك المبيع بعد الإعذار وقبل التسليم ، فإن تبعة الهلاك تنتقل من المدين إلى الدائن ، أى من البائع إلى المشتري . وتقرر المادة ٣٣٥ من التقنين المدني هذه القاعدة ، إذ تنص على أنه «إذا تم إعذار للدائن ، تحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه . . .» وفي هذه الحالة — حالة انتقال تبعة الهلاك من المدين إلى الدائن — يلتزم المدين أن ينزل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن الشيء الذى هلك ، كما لو كان الشيء مؤمنا عليه فاستحق المدين مبلغ التأمين ، أو كان هلاك الشيء بفعل أجنبي فاستحق المدين التعويض^(١) .

وإذا كانت تبعة الهلاك على المالك، كما في عقد الإيجار قبل تنفيذ المستأجر التزامه برد العين المؤجرة ، وأعذر المؤجر المستأجر طالبا إليه تسليم العين ، وهلكت العين بعد الإعذار وقبل التسليم ، فإن تبعة الهلاك تنتقل من المؤجر إلى المستأجر . والمدين بالرد هو المستأجر ، وكان الهلاك على المؤجر وهو الدائن بالرد ، فأعذر المؤجر المستأجر مطالبا إياه بالرد ، ثم هلكت العين المؤجرة بعد الإعذار ، فترتب على الإعذار أن انتقلت تبعة الهلاك إلى المدين ولو أن الهلاك كان قبل الإعذار على الدائن ، كما تقول المادة ٢٠٧ سالفه الذكر . « ذلك أن الإعذار —

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٢ — وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً (م ٢٨٣ من المشروع) يقضى بهذا الحكم على الوجه الآتى : « في الالتزام بنقل حق عيني ، إذا هلك الشيء أو ضاع أو خرج عن التعامل بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، التزم المدين أن يتنازل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن هذا الشيء » وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأن الحكم الوارد فيه حكم تفصيل يكفى فيه تطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٩ هامش رقم ١) .

وهذا ما تقوله المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى^(١) - يلزم المدين ، أى المستأجر ، دليل التخلف ، ويثبت عليه بذلك خطأ يرتب مسئوليته متى كان هلاك الشيء من جراء الحادث الفجائى راجعاً إلى هذا التخلف . والواقع أن المدين فى مثل هذه الحالة يكون متسبباً فى الهلاك بفعله . أما إذا أثبت المدين أن الشيء كان يهلك فى يد الدائن أيضاً لو أنه سلم إليه ، (فانه) بهذا يقيم الدليل على أن الهلاك لا يرجع إلى تخلفه ، بل يرجع حقيقة إلى حادث فجائى ، وبذلك تندفع عنه التبعة ، وينقضى التزامه . بيد أنه يتحمل هذه التبعة كاملة إذا كان الشيء مسروقاً متى كان هو السارق ، ذلك أن خطأه الأول فى ارتكاب جريمة السرقة لا يسقط عنه ولو باقامة الدليل على أن الهلاك يرجع فى الحقيقة إلى حادث فجائى .

والعبارة الأخيرة من المذكرة الإيضاحية تشير إلى فرض استثنائى ، هو أن يكون المدين برد الشيء لصاً سرق هذا الشيء ، وقد التزم بالرد بسبب السرقة . فتبعة الهلاك فى هذه الحالة لا تكون على الدائن - مالك الشيء المسروق - كما كان المبدأ العام يقضى بذلك ، بل تكون على المدين وهو السارق ، لأن مصدر الدين هنا جريمة السرقة . وهذه الجريمة تبرر الخروج على المبدأ العام ، بل تبرر الخروج أيضاً على القاعدة التى تقضى بأن الهلاك يكون على الدائن ولو أعذر المدين إذا أثبت هذا أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه . فالسارق ، إذا هلك المسروق عنده قبل رده إلى مالكه ، يتحمل تبعة هلاكه دائماً ، أعذره المالك أو لم يعذره ، أثبت السارق أو لم يثبت أن المسروق كان يهلك كذلك عند المالك لو أنه رد إليه^(٢) .

المطلب الثالث

الالتزام بإنجاز عمل معين

٤٣٣ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٠٨ من التقنين المدنى

على ما يأتى :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٢ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٧ .

« في الالتزام بعمل ، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين » .
وتنص المادة ٢٠٩ على ما يأتي :

« ١ - في الالتزام بعمل ، إذا لم يحم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً » .

« ٢ - ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء » .

وتنص المادة ٢١٠ على ما يأتي :

« في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام »^(١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٠٨ : ورد هذا النص في المادة ٢٨٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، وأصبح رقمه ٢١٤ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٥ — ٥٢٦) .

م ٢٠٩ : ورد هذا النص في المادة ٢٨٦ من المشروع التمهيدى بزيادة عبارة « ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه » في الفقرة الأولى . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، وأصبح رقمه ٢١٥ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه » من الفقرة الأولى ، لأن الدائن هو صاحب المصلحة فيجب أن يترك له التقدير فيما إذا كان المدين يجب عليه أن ينفذ الالتزام بنفسه أم لا ، وأصبح رقم المادة ٢٠٩ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٧ — ص ٥٢٨) .

م ٢١٠ : ورد هذا النص في المادة ٢٨٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - في الالتزام بعمل ، يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت طبيعة الالتزام بذلك . ٢ - ويكون الأمر كذلك بوجه خاص إذا كان المدين ملزماً أن يقوم بإجراء يقتضيه تنفيذ التصرف » . وفى لجنة المراجعة أدخل تعديل لفظى طفيف ، وأصبح رقم المادة ٢١٦ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية لأنها تتضمن حكماً تطبيقياً لا حاجة إلى أفراد نص خاص به ، وأصبح رقم المادة ٢١٠ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٩ — ص ٥٣١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢٢٢/١٥٩ والفقرة الثانية من المادة ١١٧/١٧٤^(١) . ولا تختلف أحكام التقنين السابق عن أحكام التقنين الجديد رغم اختلاف العبارة في النصوص .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٢٠٩ - ٢١١ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٤٩ - ٢٥٠ ، وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢١١ - ٢١٣ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني الفقرتين ١ و ٢ من المادة ٢٥٠^(٢) .

٤٣٤ - أنواع مسؤولية الالتزام بانجاز عمل معين : ونرى من

النصوص المتقدمة أن الالتزام بانجاز عمل معين، من حيث تدخل المدين الشخصي في تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ، أنواع ثلاثة : (١) أن يكون الالتزام ممكن التنفيذ عيناً دون تدخل شخصي من المدين في هذا التنفيذ ، وهذا هو الأصل ، وتنص عليه المادة ٢٠٩ . (٢) أن يكون الالتزام غير ممكن التنفيذ عيناً دون تدخل شخصي من المدين ، وهذا استثناء يرد على الأصل من إحدى ناحيته ،

(١) وقد كانت المادة ٢٢٢/١٥٩ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : « لا يجوز الوفاء إلا من المتعهد مادام يظهر من كيفية التعهد أن مصلحة المتعهد له تستدعي ذلك » . وكانت الفقرة الثانية من المادة ١١٧/١٧٤ تجرى على الوجه الآتي : « ومع ذلك يجوز للدائن أن يحصل على الإذن من المحكمة بعمل ماتعهد به المدين أو بأزالة مافعله مخالفاً لتعهد مع إلزامه بالمصاريف ، وهذا وذلك مع مراعاة الأماكن بحسب الأحوال » .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السوري م ٢٠٩ - ٢١١ (مطابقة المواد ٢٠٨ - ٢١٠ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٢٤٩ (مطابقة للمادة ٢٠٨ من التقنين المدني المصري) - م ٢٥٠ (مطابقة للمادة ٢٠٩ من التقنين المدني المصري) . ولا مقابل للمادة ٢١٠ من التقنين المدني المصري ، ولكن حكمها جائز التطبيق في القانون العراقي .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢١١ - ٢١٣ (مطابقة للمواد ٢٠٨ - ٢١٠ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٠ : ١ - ولا تراعى هذه القاعدة (الوفاء عيناً) في موجبات الأداء فقط ، بل في موجبات الفعل وموجبات الامتناع أيضاً . ٢ - ويحق للدائن أن يطلب من المحكمة الترخيص له في أن ينفذ بنفسه موجب العمل على حساب المديون . وتتفق أحكام التقنين اللبناني مع أحكام التقنين المصري رغم اختلاف العبارة .

ناحية تعذر تنفيذ الالتزام، وتنص عليه المادة ٢٠٨ . (٣) أن تكون طبيعة الالتزام تسمح بأن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني ، وهذا استثناء يرد على الأصل من الناحية الأخرى ، ناحية إمكان تنفيذ الالتزام ، وتنص عليه المادة ٢١٠ .

٤٣٥ - الالتزام بانجاز عمل معين ممكن التنفيذ عيناً دون تدخل

المدين : والأمثلة على ذلك كثيرة . بل هذا هو الأصل ، كما قدمنا . فإذا تعهد مقاول ببناء دار ، وامتنع من تنفيذ تعهده ، أمكن التنفيذ عيناً دون تدخله الشخصي . وإذا تعهد صانع بصنع شيء معين يمكن لصناع غيره أن يصنعوه ، أمكن كذلك التنفيذ عيناً دون تدخل المدين الشخصي . وإذا تعهد أمين النقل بنقل أشخاص أو أشياء ، أمكن تنفيذ التزامه عيناً دون تدخله ، وهكذا .

والبت فيما إذا كان التنفيذ العيني للالتزام ممكناً دون تدخل المدين الشخصي موكول إلى الدائن ، فهو الذي يرى ما إذا كان يكتفى بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين دون تدخله . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٠٩ في فقرتها الأولى يجرى على الوجه الآتى : « فى الالتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه ، جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين ، إذا كان هذا التنفيذ ممكناً » . فحذفت عبارة « ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه » ، « لأن الدائن هو صاحب المصلحة ، فيجب أن يترك له التقدير فيما إذا كان المدين يجب عليه أن ينفذ الالتزام بنفسه أم لا (١) » .

فإذا قدر الدائن أن طبيعة الالتزام تسمح بأن يكون التنفيذ العيني كافياً حتى لو قام به غير المدين ، وامتنع المدين من التنفيذ ، استطاع الدائن أن يلجأ إلى القضاء لطلب ترخيصاً فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين . ويكون الالتجاء إلى القضاء فى صورة دعوى يطلب فيها الدائن الحكم بالتنفيذ العيني على نفقة المدين . فإذا قرر القاضى أن التنفيذ العيني ممكن بوساطة الغير ، حكم به وبأن يكون على نفقة المدين . فيستطيع المستأجر مثلاً أن يطلب الحكم بإجراء إصلاحات عاجلة فى العين المؤجرة على نفقة المؤجر ، وقد يكون ذلك بطريق الاستعجال إذا وجد مقتض

(١) وقد سبقت الإشارة إلى ذلك فى تاريخ نص المادة ٢٠٩ (أنظر آنفاً فقرة ٣٣ ، فى

الهامش) .

لذلك ، ومتى صدر الحكم نفذه المستأجر بأن يتعاقد مع من يقوم بهذه الإصلاحات ويرجع بنفقاتها على المؤجر . وكذلك الأمر في تعهد المقاول ببناء الدار ، فانه يجوز للدائن أن يتعاقد مع مقاول آخر - وذلك بعد الحصول على حكم بالتنفيذ العيني على نفقة المدين - فتبنى الدار ويرجع الدائن بنفقات البناء على المقاول الأول . وتطبق هذه القاعدة في كل التزام بانجاز عمل يمكن لغير المدين تنفيذه تنفيذاً عينياً دون تدخل شخصي من المدين ، فيستصدر الدائن حكماً بتنفيذ هذا الالتزام على نفقة المدين .

فاذا كان التنفيذ العيني لا يحتمل الإبطاء إلى أن يستصدر الحكم ، كما هي الحال في بعض صور الإصلاحات العاجلة بالعين المؤجرة ، جاز للمستأجر دون أن يستصدر حكماً أن يعهد إلى مقاول يقوم بهذه الإصلاحات العاجلة - ويحسن أن يكون ذلك بعد إعدار المؤجر - ثم يرجع بنفقة هذه الإصلاحات على المؤجر بدعوى يرفعها عليه يطالبه فيها بذلك ، وهنا يبسط القاضي رقابته ليتثبت من أن الظروف كانت تبرر هذا التصرف الاستثنائي ، ومن أن المصروفات التي أنفقت في إجراء هذه الإصلاحات العاجلة كانت في حدود معقولة فيحكم بها كلها على المؤجر ، أو إن فيها إسرافاً فيقضى بخفضها إلى الحد المعقول (١) .

وكل ما قدمناه منصوص عليه في المادة ٢٠٩ ، وقد سبق ذكرها .

(١) ذلك أن الدائن عليه أن يتوخى أيسر الطرق لكلفة وأقلها نفقة في تنفيذ التزام المدين . بل عليه أن يتعاون مع المدين عند نشوء الالتزام إلى أن ينقضي . يتعاون مع المدين عند نشوء الالتزام ، وبخاصة إذا كان المعقود عليه يقتضى خبرة فنية توافرت عند الدائن دون المدين ، كعقود التأمين التي تبرم بين شركات التأمين ، وهي شركات فنية ، وعملاتها ، وكثير منهم تنقصه الخبرة اللازمة ، فلا يكفي أن يمتنع الدائن في مثل هذه الأحوال عن تفصيل المدين ، بل يجب عليه أيضاً أن يرشده ويبصره بما هو مقدم عليه من شؤون التعاقد . ويتعاون الدائن مع المدين عند تنفيذ الالتزام . فعلى المستأجر مثلاً أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ، كأن يحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة ، أو ينكشف عيب بها ، أو يقع اغتصاب عليها ، أو يعتدى أجنبى بالتعرض لها ، أو بإحداث ضرر بها (م ٥٨٥ مدني) . وإذا لم يخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة عليه في الوقت الملائم ، وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى ، فقد حقه في الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق (م ٤٤٠ فقرة ٣ مدني) . وإذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد ، أنذره رب العمل بأن يعدل عن طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه =

٤٣٦ — الالتزام بانجاز عمل معين غير ممكن التنفيذ عينا دونه

نرفعل المدين : وخلافاً للأصل المتقدم ، قد يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن دون تدخل المدين الشخصى فى هذا التنفيذ . ويرجع ذلك إما إلى الاتفاق فيشترط الدائن على المدين أن يقوم بتنفيذ الالتزام بنفسه ، وإما إلى طبيعة الالتزام ذاتها فهناك من الالتزامات ما تقتضى طبيعته أن يكون تنفيذه العيني على يد المدين شخصياً . مثل هذه الالتزامات الأخيرة أن يتعهد مغن أو ممثل بالغناء أو بالتمثيل فى حفلة فتتطلب التزامه يقتضى أن يغنى أو يمثل هو بنفسه ، أو أن يتعهد رسام برسم لوحة فنية ، أو نحّات بصنع تمثال ، أو جراح معروف باجراء عملية جراحية .

فاذا كان التنفيذ العيني للالتزام يقتضى تدخل المدين الشخصى على النحو المتقدم ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين نفسه ، كما نصت على ذلك المادة ٢٠٨ . فاذا امتنع المدين من أن يقوم بنفسه بتنفيذ التزامه ، كان للدائن أحد طريقين : (أولهما) أن يلجأ إلى طريق التهديد المالى (astreintes) ، وسنبحث أحكام هذا الطريق تفصيلاً فيما يلى . (والثانى) أن يطالب المدين بالتعويض النقدي لتعذر التنفيذ العيني . وقد يكون هناك شرط جزائى متفق عليه بينهما ، فيطالب

= به (م ٦٥٠ فقرة أولى مدنى) . وفى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل (م ٧١٧ فقرة ٢ مدنى) . وإذا تعاقد المؤلف مع الناشر ، وجب على المؤلف أن ييسر للناشر تنفيذ التزاماته بأن يسلمه الأصول فى الوقت المناسب وأن يقوم بتصحيح التجارب (البروفات) دون إبطاء . وكما يجب على الدائن مساعدة المدين ليسر له تنفيذ التزاماته ، كذلك يجب على المدين أن يخضع لرقابة الدائن حتى يستوثق هذا من دقة تنفيذ الالتزام . فإذا نص فى العقد مثلاً على أن يكون للعامل فوق الأجر المتفق عليه أو بدلا منه حق فى جزء من أرباح رب العمل ، أو فى نسبة مئوية من جملة الإيراد أو من مقدار الإنتاج أو من قيمة ما يتحقق من وفر أو ما شاكل ذلك ، وجب على رب العمل أن يقدم إلى العامل بعد كل جرد بياناً بما يستحقه من ذلك . ويجب على رب العمل فوق هذا أن يقدم إلى العامل ، أو إلى شخص موثوق به يعينه ذور الشأن أو يعينه القاضى ، المعلومات الضرورية للتحقق من صحة هذا البيان ، وأن يأذن له فى ذلك بالاطلاع على دفاتره (م ٦٩١ مدنى) . (أنظر فى مبدأ التعاون بين الدائن والمدين وتطبيقات هذا المبدأ وفى رقابة الدائن على المدين ديموج ٦ فقرة ١٢ — فقرة ٣٠).

الدائن بتنفيذه طبقاً لأحكام الشرط الجزائي التي سنبسّطها في مكان آخر (١) .

٤٣٧ - الالتزام بانجاز عمل معين يقوم حكم القاضي مقام

تنفيذه : وهناك نوع من الالتزامات بانجاز عمل معين تسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضي مقام تنفيذه العيني . وقد نصت المادة ٢١٠ على هذا النوع من الالتزامات ، فجعلت حكم القاضي فيه هو التنفيذ العيني . وأكثر الأمثلة شيوعاً في ذلك هو التزام البائع بالتصديق على إمضاءه في عقد البيع تمهيداً لتسجيل العقد . فإن امتنع البائع عن تنفيذ التزامه ، جاز للمشتري أن يطلب الحكم بإثبات صحة التوقيع ، فيكون الحكم الصادر بذلك بمثابة تصديق على الإمضاء يمكن بعده تسجيل عقد البيع . وإذا وقع نزاع في صحة البيع نفسه ، جاز الحكم بثبوت صحة البيع ، ويكون هذا الحكم بمثابة عقد مصدق فيه على الإمضاء فيسجل .

كذلك في الوعد بالتعاقد ، إذا أظهر الموعد له رغبته في أن يتم التعاقد ، وامتنع الواعد من إمضاء العقد ، كان للموعد له أن يستصدر حكماً بإثبات التعاقد ، ويقوم هذا الحكم مقام العقد الموعد بإبرامه (٢) .

كذلك في التزام الدائن المرتهن بشطب الرهن بعد سداد الدين ، إذا امتنع الدائن من التقدم إلى قلم كتاب المحكمة لإجراء هذا الشطب ، جاز للمدين أن يستصدر حكماً يقوم مقام التنفيذ العيني ويشطب بمقتضاه الرهن .

وإذا أفرغ الوعد بإجراء رهن رسمي في الشكل الرسمي الواجب ، وفقاً للفقرة الثانية من المادة ١٠١ ، وامتنع الواعد بعد ذلك من تنفيذ وعده بإجراء الرهن ، جاز للدائن أن يستصدر حكماً يقوم مقام التنفيذ العيني ، ويقيد هذا الحكم فيكون لقيده جميع آثار الرهن . وهذا بخلاف ما إذا كان الوعد بإجراء

(١) وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « إذا كان الالتزام الواجب تنفيذه التزاماً بعمل ، فينبغي التفريق بين حالة ضرورة قيام المدين نفسه بالوفاء وحالة انتفاء هذه الضرورة . ففي الحالة الأولى يتعين على المدين أن يتولى أداء ما التزم به شخصياً كما إذا كان مثلاً أو مغنياً أو مصوراً ، فإن امتنع عن ذلك كان للدائن أن يلجأ للغرامات التهديدية أو التعويض النقدي عند عدم اشتراط جزاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٧) .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ١٣٩ .

الرهن الرسمي لم يفرغ في الشكل الرسمي الواجب ، فان تنفيذه في هذه الحالة لا يكون إلا عن طريق التعويض^(١) .

المبحث الثالث

الالتزام بالامتناع عن عمل

(obligation de ne pas faire)

٤٣٨ — **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢١٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام . وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين »^(٢) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ١٣٥ — وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العيني أحياناً ، رغم ضرورة وفاء المدين نفسه بما التزم به . فإذا امتنع البائع مثلاً عن التصديق على إمضائه في عقد البيع ، فلم يتيسر التسجيل ، جاز للمشتري أن يستصدر حكماً بصحة التعاقد ، فيكون هذا الحكم بمنزلة العقد ، وتنتقل ملكية العقار المبيع بمقتضاه عند تسجيله . وكذلك إذا وعد شخص بإبرام عقد وامتنع عن الوفاء بوعده ، جاز للمحكمة أن تحدد له ميعة للتفويض ، فإذا لم يتم الوفاء في خلال هذا الميعاد ، حل حكم القضاء محل العقد المقصود إبرامه . ففي كل من هذين التطبيقين يقوم الحكم مقام التنفيذ العيني ويفنى عنه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٩ — ص ٥٣٠) . انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٧ .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا وعد شخص بضمان المقرض وامتنع عن تنفيذ وعده ، جاز للمقرض أن يستصدر حكماً ضد الواعد يقوم مقام الضمان (١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٠) ، وقضت أيضاً بأنه إذا امتنع البائع عن إمضاء عقد البيع النهائي ، فالحكم يقوم مقام العقد النهائي ويسجل فتنتقل الملكية (٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦) — وانظر أيضاً : استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٥٧ ص ١٦٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل ، وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب إزالة »

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق الفقرة الثانية من المادة ١١٧/١٧٤ (١).
ولا فرق في الحكم بين التقنينين الجديد والقديم .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢١٣ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٥٢ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢١٥ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٥٠ فقرة ٣ (٢) .

٤٣٩ - أمثلة لالتزام بالاستمتاع عن عمل : والالتزام بالاستمتاع عن عمل له أمثلة كثيرة . فبائع المتجر قد يلتزم بعدم منافسة المشتري في المتجر الذي باعه منه ، فيكون التزامه بعدم المنافسة التزاما بالاستمتاع عن عمل . وإذا استخدم مهندس في مصنع ، وتعهد المهندس ألا يعمل في مصنع منافس ، فهذا أيضا التزام بالاستمتاع عن عمل . ومقدم العمال إذا التزم ألا يقدم عمالا غير متتمين

= ما وقع مخالفاً للالتزام . وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين وفي حالة الاستعجال يكون له أن يزيل المخالفة دون ترخيص . وفي لجنة المراجعة حذفت العبارة الأخيرة « وفي حالة الاستعجال ... » لأن هذا الحكم قد يوقع في اضطراب يحسن تجنبه ، وأصبح رقم المادة ٢١٨ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢١٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٤ — ص ٥٣٦) .
(١) كانت الفقرة الثانية من المادة ١١٧/١٧٤ من التقنين المدني السابق — كما رأينا — تجري على الوجه الآتي : « ومع ذلك يجوز للدائن أن يتحصل على الإذن من المحكمة بعمل ما تعهد به المدين أو بإزالة ما فعله مخالفاً لتعهد مع إلزامه بالمصاريف ، وهذا وذلك مع مراعاة الإمكان بحسب الأحوال » .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢١٣ (مطابقة للمادة ٢١٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٥٢ : إذا التزم المدين بالاستمتاع عن عمل ، وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام مع التعويض إذا كان له محل . (ولم يرد في نص التقنين العراقي أن يطلب الدائن من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين ، ولكن ليس في المبادئ العامة للتقنين العراقي ما يمنع من هذا الطلب) .
التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢١٥ (مطابقة للمادة ٢١٢ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٠ فقرة ٣ : كما يحق له أن يطلب إزالة ما أجرى خلافاً لموجب الامتناع ، وذلك على حساب المدين . (ولا فرق في الحكم بين التقنينين اللبناني والمصري) .

لنقابتهم يكون قد التزم بالامتناع عن عمل . والممثل أو المغنى إذا تعهد ألا يمثل أو ألا يغنى في غير مسرح معين يكون قد التزم بالامتناع عن عمل . كذلك البائع والمؤجر يتعهد كل منهما بعدم التعرض للمشتري أو للمستأجر ، فهذا التزام بالامتناع عن عمل . وفي كل هذه الأمثلة نرى الالتزام بالامتناع عن عمل مصدره العقد .

وقد يكون مصدر هذا الالتزام هو القانون . فالجار ملتزم ألا يضر بجاره ضرراً فاحشاً ، فهذا التزام قانوني بالامتناع عن عمل . والطبيب والمحامي ملتزمان بعدم إفشاء سر المهنة ، والتزامهما مصدره القانون . والالتزام بعدم الإثراء على حساب الغير التزام قانوني بالامتناع عن عمل ، يترتب على الإخلال به مسئولية الإثراء بلا سبب .

والالتزام بالامتناع عن عمل ، كالاتزام بنقل حق عيني ، هو التزام بتحقيق غاية . ومن ثم يكون الالتزام بعدم الإضرار بالغير عن خطأ ، وهو التزام ببذل غاية ، ليس التزاماً بالامتناع عن عمل ، إذ هو في حقيقته التزام باتخاذ الحيلة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، فهو التزام بعمل^(١) .

٤٤٠- **الافعال بالالتزام بالامتناع عن عمل** : وما دام المدين ممتنعاً عن العمل الذى التزم بالامتناع عنه ، فهو قائم بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً . ويتغير الموقف إذا أخل بهذا الالتزام ، وأتى العمل الممنوع . عند ذلك لا يكون هناك مجال إلا للتعويض . أما التنفيذ العيني نفسه فقد أصبح مستحيلاً بمجرد الإخلال بالالتزام^(٢) .

وقد لا يمكن إلا التعويض النقدي . مثل ذلك إذا أفشى المحامى أو الطبيب سر المهنة ، ففي مثل هذه الحالة لا يكون أمام الدائن إلا أن يطالب بتعويض نقدي . وقد يكون التعويض عينياً لا نقدياً ، ويتم ذلك بإزالة المخالفة التى وقعت

(١) أنظر آتفاً فقرة ٤٢٤ في الهامش .

(٢) هذا إذا كان العمل الممنوع عملاً واحداً لا يتكرر . أما إذا كان عملاً يتكرر ، فللقاضى أن يأمر باتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع تكرار الإخلال بالالتزام ، إذا كان هذا ممكناً . وفي هذه الحالة يكون المنع تنفيذاً عينياً للالتزام عن المستقبل (ديموج ٦ فقرة ١٤٥ ص ١٥٢) .

إخلالا بالالتزام . والفرق بين التنفيذ العيني والتعويض العيني أن الأول يكون قبل وقوع الإخلال بالالتزام فيكون هناك تنفيذ عيني للالتزام عن طريق عدم الإخلال به ، والثاني يكون بعد وقوع الإخلال بالالتزام فإزالة المخالفة تكون هي التعويض العيني . مثل ذلك أن يضر الجار بجاره ضرراً فاحشاً باقاة حائط يسد عليه منافذ التور والهواء ، عند ذلك يجوز الدائن أن يطلب التعويض العيني بإزالة هذا الحائط ، فإذا امتنع المدين عن الإزالة ، جاز للدائن أن يطلب من القضاء إزالة الحائط على نفقة المدين^(١) . وهذا ما تنص عليه المادة ٢١٢ وقد تقدم ذكرها . ويلاحظ هنا أن الدائن لا يحق له ، حتى في حالة الاستعجال ، أن يقوم بالإزالة دون استصدار حكم على أن يرجع إلى القضاء بعد ذلك ، بخلافاً لما رأيناه في الالتزام بنقل حق عيني وفي الالتزام بعمل حيث يكون له هذا الحق . ذلك أن إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام بالامتناع عن عمل أمر لا يخلو من العنف ، فلا يصح للدائن أن يتولاه بنفسه دون استصدار حكم بذلك ، وهنا نرى المبدأ القاضي ألا يستأدى الدائن حقه (se faire justice) يطبق تطبيقاً دقيقاً . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً يبيح للدائن أن يزيل ما وقع مخالفاً للالتزام دون استصدار حكم بذلك على أن يرجع إلى القضاء بعد إزالة المخالفة، ولكن هذا النص حذف في لجنة المراجعة للاعتبارات المتقدمة الذكر^(٢) .

وكثيراً ما يكون هذا التعويض العيني غير كاف لتعويض الضرر تعويضاً كاملاً ، فيضاف إليه تعويض نقدي . ففي مثل الحائط الذى أقامه الجار إضراراً بجاره وأزيل على نفقته بحكم من القضاء ، يلاحظ أن الإزالة وحدها قد لا تكفى إذ يغلب أن يكون الجار قد أصابه ضرر من قيام الحائط المدة التى كان فيها قائماً ، وهذا الضرر لا علاج له إلا التعويض النقدي ، فيحكم القاضي بإزالة الحائط وبتعويض نقدي عما حدث من الضرر للجار إذا كان هناك مقتضى لذلك . ويلاحظ أخيراً أن التعويض العيني، حتى إذا كان ممكناً ، قد يكون مرهقاً

(١) وليس من الضروري أن يجيب القاضي الدائن إلى طلبه ، بل للقاضي سلطة التقدير ، فقد يرى من المناسب الاقتصار على الحكم بتعويض نقدي (أنظر في هذا المعنى ديموج ٦ فقرة ١٤٦ ص ١٥٥) .

(٢) أنظر آنفاً ، في تاريخ نص المادة ٢١٢ ، فقرة ٤٣٨ في الهامش .

للمدين ولاينجم عن الاقتصار على التعويض النقدي ضرر جسيم يلحق الدائن .
مثل ذلك أن يقيم الجار بناء فيجور بحسن نية على جزء من الأرض الملاحقة ،
فلمحكمة في هذه الحالة ، بدلا من أن تأمر بإزالة البناء ، أن تقتصر على تعويض
صاحب الأرض الملاصقة تعويضا نقديا ، بأن ينزل هذا عن ملكية الجزء المشغول
بالبناء في نظير تعويض عادل (م ٩٢٨ مدني) وقد سبق تفصيل ذلك (١) .

ويصح أيضا اللجوء إلى طريق التهديد المالي إذا تكرر الإخلال بالا لزام ،
أو كان هذا الإخلال مستمرا ، وذلك إلى أن يزيله المدين بنفسه .

الفرع الثاني

وسائل التنفيذ العيني

٤٤١ - كيف يكون التنفيذ العيني : رأينا فيما تقدم أن التنفيذ العيني
قد يكون اختياراً يقوم به المدين طوعاً ، وهذا هو الوفاء (paiement) ، وسنبحث
أحكامه عند الكلام في انقضاء الالتزام في الجزء الثالث من هذا الكتاب .

وقد يكون التنفيذ العيني جبراً على المدين . وهنا تختلف وسائله :

(١) فأكثر ما يكون بالتنفيذ القهري ، فتقوم السلطة العامة بإجبار المدين
على تنفيذ التزامه . والسلطة العامة لها أعوان تزودهم بالسلطة اللازمة لهذا الإجبار ،

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «إذا التزم المدين
بالامتناع عن عمل ، فجرد إخلاله بالتزامه يرتب مسئوليته ، ويكون بذلك ملزماً بأداء تعويض
نقدي . وقد يكون الوفاء العيني (اقرأ التعويض العيني) ممكناً من طريق إزالة ما استحدث إخلالا
بالالزام ، وفي هذه الحالة يكون للدائن أن يستصدر إذناً من القضاء بأن يقوم بهذه الإزالة على
نفقة المدين . وأخيراً تحسن الإشارة إلى أمرين : أولهما جواز الجمع بين التنفيذ (التعويض)
العيني والتعويض النقدي عند أول إخلال يقع من المدين . والثاني جواز العدول عن التنفيذ
(التعويض) العيني ولو كان ممكناً والاكتفاء بالتعويض النقدي وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من
المادة ٢٧٩ (م ٢٠٣ فقرة ٢ مدني) إذا كان يصيب المدين من جراء التنفيذ على هذا الوجه ضرر
فادح » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٥) . أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع
التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٨ .

وأهم هؤلاء الأعوان هم المحضرون . فإذا كان لدى المدين سند تنفيذي بحقه ، وامتنع المدين عن أداء هذا الحق طوعاً ، استطاع الدائن أن يكلف أحد المحضرين باجبار المدين على التنفيذ قهراً (manu militari) ، كأن يجبره على تسليم الأرض التي التزم بتسليمها للدائن . والغالب أن يكون التنفيذ القهري عن طريق الحجز على أموال المدين .

(٢) وقد يقوم الدائن نفسه بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان تدخل المدين الشخصي غير ضروري في هذا التنفيذ ، ويرجع الدائن بعد ذلك إلى القضاء على النحو الذي فصلناه فيما تقدم .

(٣) وقد يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني إذا سمحت طبيعة الالتزام بذلك ، كما رأينا في الالتزام بالتصديق على الإمضاء ونحوه مما سبق بيانه .

(٤) وقد يتكفل القانون نفسه بأجراء التنفيذ العيني فتنقل ملكية العين المعينة إلى الدائن بحكم القانون في الالتزام بنقل الملكية ، كما رأينا فيما مر .

وهناك وسيلتان أخريان للتنفيذ العيني لم يسبق لنا تفصيلهما ، فنفردهما الآن بالبحث ، وهما : (أولاً) الإكراه البدني (ثانياً) التهديد المالي .

المبحث الأول

الإكراه البدني

(Contrainte par corps)

٤٤٢ — التنفيذ عن طريق الإكراه البدني وتطوره — القانون

الروماني والقانون الفرنسي : كان المدين في العصور القديمة يلتزم بالدين في جسمه لا في ماله . فكان القانون الروماني القديم يبيع للدائن أن يملك المدين الذي لا يفي بدينه ، فيسترقه ، بل ويقتله . ثم تطور القانون الروماني ، فلم يصبح للدائن إلا حق حبس المدين وإجباره على العمل لمصلحته . ثم تحول الالتزام من الجسم إلى المال ، فلم يصبح للدائن إلا حق التنفيذ على أموال المدين .

على أن حبس المدين في الدين ، كاجراء تهديدى للضغط عليه وإجباره على الوفاء بدينه إذا كان قادراً على ذلك ، بتي مدة طويلة ، وانتقل إلى التقنين المدني الفرنسي نفسه ، فنصت المواد ٢٠٥٩ إلى ٢٠٧٠ من هذا التقنين على التنفيذ بطريق الإكراه البدني ، وفي أي الديون يكون ذلك^(١) . ونصت المواد ١٢٦٥ إلى ١٢٧٠ من التقنين المدني الفرنسي على طريقة يتفادى بها المدين الإكراه البدني ، وهي النزول عن جميع أمواله (cession de biens) يستولى الدائنون على ريعها ويبيعونها لاستيفاء حقوقهم ، ولا تبرأ ذمة المدين إلا بقدر ما استوفى الدائنون من هذه الحقوق .

وبقي الأمر على هذه الحال في القانون الفرنسي حتى ألغى التنفيذ بطريق الإكراه البدني في المواد المدنية والتجارية بقانون ٢٢ يولييه سنة ١٨٦٧ ، ولم يبق له تطبيق إلا في المواد الجنائية^(٢) .

٤٤٣ - التنفيذ عن طريق الإكراه البدني في القانون المصري :

أما في القانون المصري فالإكراه البدني ، سواء في التقنين السابق أو التقنين الجديد ، غير جائز . ذلك أن فكرة الإكراه البدني - حتى باعتبارها وسيلة للضغط على المدين القادر على الوفاء - تخالف المبادئ المدنية الحديثة . فالمدين يلتزم في ماله لا في شخصه ، وجزاء الالتزام تعويض لا عقوبة . فحبس المدين في الدين رجوع بفكرة الالتزام إلى عهدا الأول ، حيث كان المدين يلتزم في شخصه ، وحيث كان القانون الجنائي يختلط بالقانون المدني فيتلاقى معنى العقوبة مع معنى التعويض

(١) كان الحبس يجوز في بعض الديون المدنية التي تتسم بطابع الغش ، وفي جميع الديون التجارية إذا بلغ الدين مائتين من الفرنكات (قانون ١٥ جرمينال السنة السادسة للثورة وقانون ١٧ أبريل سنة ١٨٣٢) ، وفي المواد الجنائية . وكان أهم غرض يتوخى من الإكراه البدني هو الضغط على المدين القادر على الوفاء بدينه حتى يخرج ما أخفى من ماله ، أو على كل حال حتى يعاونه أهله على الوفاء بدينه .

(٢) وذلك في الغرامة (amende) والرد (restitution) والتعويضات (dommages-intérêts) والمصروفات (frais) . فكل تعويض عن جريمة يجوز حبس المدين للوفاء به ، حتى لو كانت المحكمة التي قضت بالتعويض هي محكمة مدنية ، بشرط أن يصدر حكم بإدانة المدين من محكمة جنائية (كولان وكايتان ومورانديير ٢ فقرة ٣٠٧) .

في الجزء الواحد (١) .

على أن الإكراه البدني في القانون المصري — ولو أنه غير جائز في المواد المدنية والمواد التجارية — جائز في بعض المواد الشرعية وفي المواد الجنائية .

٤٤٤ — الإكراه البدني في دين النفقة والحضانة والرضاع والمسكن :

نصت المادة ٣٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه « إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو في أجره الحضانة أو الرضاع أو المسكن ، يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التي بدائلتها محل التنفيذ ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به ، وأمرته ولم يمثل ، حكمت بحبسه ، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوماً . أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به ، أو أحضر كفيلاً ، فإنه يخلى سبيله . وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية » .

ويستخلص من هذا النص أن حبس المدين في الدين جائز بالشروط الآتية :

(١) أن يكون الحكم المراد تنفيذه صادراً في نفقة أو في أجره حضانة أو رضاع أو مسكن .

(٢) أن يكون المحكوم عليه قادراً على القيام بما حكم به ، وقد أمرته المحكمة بذلك فلم يمثل . ويتخذ من هذا الشرط أن الحبس ليس إلا وسيلة للضغط على المدين القادر على الوفاء بديونه ، وإنما يمتنع عن الوفاء تعتياً ، فالحبس يراد به التغلب على هذا التعنت من جانب المدين .

(٣) أن يصدر حكم بحبس المدين من المحكمة الجزئية الشرعية التي بدائلتها محل التنفيذ .

(٤) ألا تزيد مدة الحبس على ثلاثين يوماً ، يخلى سبيله بعد انتهائها ، أو قبل

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٦ — أما في الفقه الإسلامي — في المذهب الحنفي — فيرى أبو حنيفة عدم جواز بيع مال المدين عليه وفاء لديونه ، لأن في البيع الجبري إهداراً لأدميته ، ولكن يحبس المدين في الدين على سبيل التعزيز . ويرى صاحبان بيع مال المدين عليه ، وقولها هو المفتى به في المذهب . راجع في حبس المدين في الدين في القانون اللبناني الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون اللبناني ص ٥٣ — ص ٥٤ .

انتهائها إذا أثمر الضغط على المدين فأدى ما حكم به أو أحضر كفيلاً .
ويلاحظ أن حبس المدين في هذه الحالة لا يعفيه من تنفيذ الحكم عليه
بطريق الحجز على ماله . فالحبس إذن ليس إلا إكراهاً بدنياً غير مبريء للذمة .

٤٤٥ — الإكراه البدني في المسائل الجنائية : نصت المادة ٥١١ من
تقنين الإجراءات الجنائية على أنه « يجوز الإكراه البدني لتحصيل المبالغ الناشئة
عن الجريمة المقضى بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة ، ويكون هذا الإكراه
بالحبس البسيط » .

والمبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة هي :
(١) الغرامة (٢) المصاريف والرد والتعويضات للحكومة . ولا بد أن تكون هذه
المبالغ ناشئة عن الجريمة ، ولو كانت المحكمة التي أصدرت الحكم الجنائي لجنة
إدارية لها اختصاص قضائي . فإذا قضى ببراءة المتهم مع الحكم بالتعويض ،
أو حكم بتعويض مدني من محكمة مدنية دون حكم جنائي بالعقوبة من محكمة
جنائية ، أو نال المحكوم عليه عفواً أو إعادة اعتبار ، أو سقطت العقوبة بمضي
المدة (م ٥٣٤ إجراءات جنائية) ، فلا تكون المبالغ في هذه الحالات ناشئة عن
الجريمة ولا يجوز فيها الإكراه البدني . كذلك لا يحكم بالإكراه البدني على من
تقل سنه عن خمس عشرة سنة وقت ارتكاب الجريمة ولا على من حكم لمصلحته
بوقف التنفيذ (م ٥١٢ إجراءات جنائية) . أما التعويضات الواجبة لمدع مدني غير
الحكومة ، فيجوز لاستيفائها صدور حكم من محكمة الجench التي بدأرتها محل
المحكوم عليه بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور ، إذا ثبت للمحكمة قدرة
المدين على الوفاء وأمرته فلم يمتثل ، وهذا بخلاف المبالغ المقضى بها للحكومة
فلا يشترط فيها لا اليسار ولا صدور حكم .

والإكراه البدني في الغرامة يبريء ذمة المدين : عشرة قروش عن كل يوم ،
فالإكراه البدني هنا هو إحلال عقوبة الحبس محل عقوبة الغرامة . أما الإكراه
البدني في المصروفات والرد والتعويضات ، سواء للحكومة أو لغيرها ، فانه
لا يبريء ذمة المدين ، وإنما هو مجرد ضغط عليه لإجباره على الوفاء . ومن ثم
يجوز التنفيذ على ماله بعد الإكراه البدني .

وللحبس في الإكراه البدني مدد قصوى نصت عليها المادة ٥١١ من تقنين الإجراءات الجنائية . ويجوز إبدال الحبس بعمل يدوي أو صناعي (م ٥٢٠ إجراءات جنائية) ، فيستنزل من المبالغ المستحقة للحكومة من الغرامة والمصاريف والرد والتعويضات ما يقابل شغل المحكوم عليه باعتبار مبلغ عشرة قروش عن كل يوم (م ٥٢٣ إجراءات جنائية) . ونرى من ذلك أن الحبس إذا كان لا يبريء الذمة في المصروفات والرد والتعويضات المستحقة للحكومة ، فإنه إذا استبدل به عمل يدوي أو صناعي كان هذا العمل مبرئاً للذمة على النحو المتقدم^(١) .

المبحث الثاني

التهديد المالي*

(Les astreintes)

٤٤٦ — **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢١٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك » .

« ٢ — وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة » .

وتنص المادة ٢١٤ على ما يأتي :

(١) انظر في الإكراه البدني في المواد الجنائية الأستاذ على زكي العرابي في المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية جزء ٢ فقرة ٩٣٨ — فقرة ٩٧٤ .

* مراجع : ماسان (Massin) في التنفيذ الجبري للالتزام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمل

رسالة من باريس سنة ١٨٩٣ — كرواسان (Croissant) في التهديد المالي رسالة من باريس سنة ١٨٩٨ — تيرلان (Turlan) في التهديد المالي رسالة من تولوز سنة ١٩٢٥ — جليز (Gleizes) في التهديد المالي رسالة من مونبيلييه سنة ١٩٣٥ — كينيو (Cunéo) في التهديد المالي رسالة من باريس سنة ١٩٥٠ — كايزر (Kayser) مقال في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٥٣ ص ٢٠٩ وما بعدها .

« إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ، حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين، مراعيًا فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين»^(١) .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن أحكام التهديد المالى كما هى مبسطة فى التقنين المدنى الجديد كان معمولًا بها قضاءً فى عهد التقنين السابق ، وليست نصوص التقنين الجديد إلا تقنينًا لأحكام هذا القضاء^(٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢١٣ : ورد هذا النص فى المادتين ٢٩٠ و ٢٩١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . ووافقت عليهما لجنة المراجعة تحت رقمى ٢١٩ و ٢٢٠ من المشروع النهائى . ووافق عليهما مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ أدجت المادتان فى مادة واحدة وأصبح رقمها ٢١٣ ، وفُترت عبارة « غير ملائم » بالممثل الذى التزم بعدم التمثيل على مسرح آخر ثم أخل بالتزامه ، فالتنفيذ العيني هنا ممكن ولكنه غير ملائم . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٦ - ص ٥٣٨) .

م ٢١٤ : ورد هذا النص فى المادة ٢٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد فيما عدا أن المشروع التمهيدى اشتمل على لفظ « نهائياً » بعد عبارة « حدد القاضى » ، واستعمل لفظ « التعت » بدلا من لفظ « العنت » . وأقرت لجنة المراجعة المشروع التمهيدى بعد حذف لفظ « نهائياً » . وقد سأل أحد الأعضاء فى اللجنة هل الحكم بالغرامة التهديدية يكون قابلاً للتنفيذ إذا كان صادراً من محكمة آخر درجة أو كان الحكم الأسمى مشمولاً بالنفاذ المصجل ؟ وبعد المناقشة استقر رأى اللجنة على أن الحكم بالغرامة التهديدية لا يكون قابلاً للتنفيذ إلا بعد أن يحدد القاضى نهائياً قيمة التعويض وأن فائدة الحكم بالغرامة التهديدية بالنسبة إلى الحكم بالتعويض العادى تنحصر فى أن التحديد النهائى للتعويض فى حالة الغرامة التهديدية يلحظ فيه التعت الذى يبدو من المدين ، هذا إلى أنه إذا أصر المدين على رفض التنفيذ كان هذا كافياً ليحدد القاضى نهائياً مقدار التعويض . وأصبح رقم المادة (هو ٢٢١ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، وكذلك لجنة مجلس الشيوخ بعد استبدال لفظ « العنت » بلفظ « التعت » ، وأصبح رقم المادة هو ٢١٤ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٩ - ص ٥٤١) .

(٢) وكان القضاء المصرى فى عهد التقنين السابق — كالقضاء الفرنسى حتى الآن — يجرى أحكام التهديد المالى دون نص تشريعى . وعانى القضاء المصرى ، كما يعانى القضاء الفرنسى ، فى سبيل التماس سند تشريعى لم يكن موجوداً . فقنن التقنين المدنى الجديد هذا القضاء فى النصوص التى تقدم ذكرها ، فارتكز نظام التهديد المالى فى التقنين الجديد على أساس تشريعى واضح . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « من المعلوم أن القضاء المصرى كثيراً =

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢١٤-٢١٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٥٣-٢٥٤ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢١٦-٢١٧ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٥١ (١) .

= ما عانى في سبيل التماس سند من التشريع لنظام الغرامات التهديدية . وإزاء ذلك عمد المشروع إلى إقرار هذا النظام إقراراً تشريعياً ، فاختصه بمواد ثلاث ، ليست في حقيقتها إلا تقنياً لما انتهى إليه القضاء في هذا الشأن . ويقصد من أعمال نظام الغرامات التهديدية إلى حمل المدين على الوفاء عيناً بالتزام يمتنع تنفيذه بغير تدخله شخصياً ، فإذا امتنع المدين عن الوفاء بمثل هذا الالتزام ، حكم القاضي عليه بغرامة تهديدية ليثنيه عن عناده ، وعلى أن يعيد النظر في حكمه عندما يستبين ما استقر عليه رأى المدين . ويعتبر القاضي في تقدير التعويض النهائي بما يكون من أمر بمناعة المدين في التنفيذ تعنتاً وعناداً من غير مقتض « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٨) .

وتقول المذكرة الإيضاحية أيضاً في موضع آخر : « لعل أهم ما عيب على نظام الغرامات التهديدية ، في وضعه الراهن ، أنه لا يستند إلى نص من نصوص التشريع ، بل هو وليد اجتهاد القضاء . وقد قصد المشروع إلى تدارك هذا العيب ، فأورد هذه المواد الثلاث باعتبارها سنداً تشريعياً يركن إليه عند التطبيق ، وهي بعد ليست إلا تقنياً لما جرى عليه القضاء من قبل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٩) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢١٤-٢١٥ (مطابقتان لنص المادتين ٢١٣ و ٢١٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٥٣ (مطابقة في الحكم للمادة ٢١٣ من التقنين المصري ، إلا أن المادة ٢٥٣ من التقنين العراقي لم تورد الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ من التقنين المصري التي تجيز للقاضي أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة — ولكن لا يوجد ما يمنع القاضي العراقي من زيادة الغرامة التهديدية إن رأى داعياً لذلك ، فإن هذه هي طبيعة الغرامة التهديدية بالرغم من عدم ورود نص في هذا الشأن : انظر الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٨ ص ٢٤ — ويذهب الدكتور الذنون إلى أن وسيلة التهديد المسالي لا تنسجم مع روح القانون ولا مع قواعد العدالة انظر ص ٢٥) .

م ٢٥٤ (مطابقة في الحكم للمادة ٢١٤ من التقنين المصري ، وتكاد تكون مطابقة لها في اللفظ أيضاً) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢١٦-٢١٧ (مطابقتان للمادتين ٢١٣ — ٢١٤ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥١ : غير أنه لا يمكن تطبيق هذه المعاملة (التنفيذ العيني) على الموجبات التي يستلزم إيفاؤها عيناً قيام المدينون نفسه بالعمل . فيحق للدائن حينئذ أن يطلب الحكم على المدينون بغرامة عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر يتأخر فيه أو كل =

ونتكلم في مسألتين : (أولاً) شروط الحكم بالتهديد المالى ومميزاته وطبيعته
وسنده القانونى (ثانياً) أثر الحكم بالتهديد المالى .

المطلب الأول

شروط الحكم بالتهديد المالى ومميزاته وطبيعته وسنده القانونى

٤٤٧ — معنى التهديد المالى : تلخص وسيلة التهديد المالى ، وفقاً
للمصوص التى تقدم ذكرها ، فى أن القضاء يلزم المدين بتنفيذ التزامه عيناً فى
خلال مدة معينة ، فاذا تأخر فى التنفيذ كان ملزماً بدفع غرامة تهديدية عن هذا
التأخر ، مبلغاً معيناً عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو أية وحدة أخرى
من الزمن ، أو عن كل مرة يأتى عملاً يخل بالالتزام ، وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ
العينى أو إلى أن يمتنع نهائياً عن الإخلال بالالتزام . ثم يرجع إلى القضاء فيما
تراكم على المدين من الغرامات التهديدية ، ويجوز للقاضى أن يخفض هذه الغرامات
أو أن يمحوها بتاتاً (١) .

= نكول يرتكبه ، رغبة فى إكراه المدين المتمرد وإخراجه من الجمود . وبعد تنفيذ الموجب
عيناً يحق للمحكمة أن تعفى من الغرامة أو أن تبقى منها ما يعوض الدائن من الضرر الذى لحقه بسبب
الامتناع غير المشروع الذى بدا من المدين . (والحكم واحد فى التقنين البنائى والتقنين المصرى
رغم اختلاف العبارة — ويقول الأستاذ صبحي الحمصانى فى كتابه آثار الالتزام فى القانون المدنى
البنائى ص ٧ أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ مصرى « زيادة الغرامة التهديدية إذا وجد داع
للزيادة » وإن لم ترد صراحة فى القانون البنائى ، إلا أنها تدخل دلالة فى معنى الغرامة التهديدية
التي هى بطبيعتها حكم موقوف تتوقف نتيجته على موقف المدين النهائى إزاء التنفيذ العينى المطلوب ،
لذلك كانت الغرامة قابلةاً للتعديل بحسب ما يراه القاضى ضرورياً لتنفيذ الغاية المقصودة ، وهى
إكراه المدين على التنفيذ العينى فى التزام العمل) .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٨ — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى :
« وتسمى قواعد الغرامات التهديدية على كل التزام بعمل أو بامتناع عن عمل ، أياً كان مصدره ،
متى كان الوفاء به عيناً لا يزال فى حدود الإمكان ، وكان هذا الوفاء يقتضى تدخل المدين نفسه .
والغرامة التهديدية هى مبلغ من المال يقضى بإلزام المدين بأدائه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو
أية فترة معينة من الزمن ، أو عن كل إخلال يرد على الالتزام . ويقصد من هذه الغرامة إلى التغلب
على ممانعة المدين المتخلف ، ولهذا أجيز للقاضى أن يزيد فيها إزاء تلك الممانعة كلما آنس أن ذلك
أكفل بتحقيق الغرض المقصود (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٥٤٠) . =

ومما تقدم نستطيع أن نستخلص: (١) شروط الحكم بالتهديد المالى (٢) ومميزات هذا الحكم (٣) وطبيعته (٤) والسند القانونى الذى يقوم عليه .

٤٤٨ — شروط الحكم بالتهديد المالى : يشترط فى الالتجاء إلى وسيلة التهديد المالى والحكم بغرامة تهديدية الشروط الآتية : (أولاً) أن يكون هناك التزام امتنع المدين عن تنفيذه مع أن تنفيذه العيى لا يزال ممكناً^(١). (ثانياً) أن يكون التنفيذ العيى لهذا الالتزام يقتضى تدخل المدين الشخصى ، وإلا كان التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم . (ثالثاً) أن يلجأ الدائن إلى المطالبة بتوقيع غرامة تهديدية على المدين كوسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيى .

٤٤٩ — الشرط الاول — التزام امتنع المدين عن تنفيذه مع أنه

تفديده العيى لا يزال ممكناً : لا بد أن يكون هناك التزام امتنع الدائن عن تنفيذه . فإذا لم يوجد التزام فلا محل للتهديد المالى . ومن ثم لا يجوز الالتجاء إلى التهديد المالى لإجبار المدعى عليه على الحضور إلى المحكمة ، فانه غير ملزم بالحضور ، وقد نظم تقنين المرافعات ما يترتب على غيابه من نتائج^(٢) . ثم لا بد من أن يكون

= ويلاحظ أن التهديد المالى يرمى إلى حمل المدين على التنفيذ العيى إذا كان التزامه التزاماً بعمل ، وإلى حمله على التعويض العيى إذا كان التزامه التزاماً بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام . ويستوى فى هذا الصدد ، من الناحية العملية ، التنفيذ العيى والتعويض العيى ، ومن ثم لا نرى بأساً من إطلاق عبارة « التنفيذ العيى » على كل من التنفيذ العيى والتعويض العيى .

(١) فإذا كان الالتزام التزاماً بالامتناع عن عمل وأخل به المدين ، فيشترط أن يكون التعويض العيى عن الإخلال بالالتزام لا يزال ممكناً . وقد تقدم أن التعويض العيى يعدل التنفيذ العيى فى هذا الصدد ، وأن عبارة « التنفيذ العيى » قد يقصد بها التعويض العيى .

(٢) ديموج ٦ فقرة ٥٠٩ ص ٥٤٥ — ٥٤٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ١٠٠ — كذلك لا يحكم بغرامة تهديدية على متهم لإجباره على أن يذكر أسماء شركائه ، إذ لا يوجد عليه التزام قانونى بذلك (كايذر فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٣ ص ٢٢٠ — الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٥٤ ص ٧٢ — ومع ذلك انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ٩٩) — هذا ويجوز أن يكون المدين الذى يحكم عليه بغرامة تهديدية هو الدولة ذاتها كصلحة التليفونات ، أو شخص من أشخاص القانون العام كإحدى الجامعات أو أحد المجالس البلدية . (انظر فريجاويل (Zréjaville) فى أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ Astreinte فقرة ٣٤) .

المدين ممتنعاً عن تنفيذ التزامه ، بأن تطلب إليه المحكمة هذا التنفيذ فلا يمثل . أما إذا امتثل فلا محل للحكم عليه بتهديد مالى ، وكذلك إذا حكم عليه فبادر إلى تنفيذ التزامه فى الميعاد الذى حددته المحكمة فلا يسرى عليه هذا الحكم لأن سريانه مشروط بعدم التنفيذ .

ولا بد أن يكون الالتزام لا يزال ممكناً تنفيذه عيناً . أما إذا أصبح تنفيذه العينى مستحيلاً ، كأن هلك الشئ المطلوب تسليمه أو أتى المدين العمل الذى التزم بالامتناع عنه ولم يعد فى الاستطاعة الرجوع فى ذلك ، فلا محل للالتجاء إلى التهديد المالى ، فان الالتجاء إلى هذا الطريق إنما هو تهديد للمدين حتى يقوم بالتنفيذ ، وقد أصبح هذا التنفيذ مستحيلاً ، ومن ثم أصبح التهديد المالى غير ذى موضوع^(١) .

٤٥٠ — الشرط الثانى — تدخل المدين ضرورى والى طاه التنفيذ

غير ممكن أو غير ملائم : ويشترط ثانياً أن يكون تدخل المدين الشخصى ضرورياً لتنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ، بحيث إن هذا التنفيذ يصبح من غير تدخل المدين غير ممكن أو غير ملائم^(٢) . ونستعرض من هذه الناحية الالتزام بنقل الملكية والالتزام بالعمل والالتزام بالامتناع عن العمل .

فى الالتزام بنقل الملكية إذا كان محل الالتزام عيناً معينة ، انتقلت ملكيتها بحكم القانون إلى الدائن كما رأينا ، فأصبح الالتزام منفذاً ولا حاجة للتهديد المالى . كذلك إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود فلا حاجة فى تنفيذ هذا الالتزام إلى تهديد مالى ، لأن تنفيذه عيناً دون تدخل المدين ممكن عن طريق الحجز على أموال

(١) فإذا كان هناك التزام بتقديم مستندات مثلاً ، وثبت أن هذه المستندات قد أعدمت ، فلا محل للحكم بغرامة تهديدية ، وإنما يقضى بالتعويض إذا توافرت شروطه . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا محل للحكم بتهديد مالى إذا أصبح التنفيذ العينى مستحيلاً ببيع العين المرفوع بشأنها دعوى الاستحقاق (١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٤) .

(٢) فإن أمكن التنفيذ العينى دون تدخل المدين الشخصى ، فلا محل للالتجاء إلى التهديد المالى : استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٣٠ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٨٥ — ٢١ مارس سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ٢٣٠ ص ٢٥٥ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٠٩ — أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٦ .

المدين (١). . بقى الالتزام بنقل ملكية شيء لم يعين إلا بنوعه ، وفي أغلب أحواله يمكن التنفيذ العيني دون تدخل المدين بأن يحصل الدائن على حكم بالتنفيذ على نفقة المدين كما رأينا ، وفي الحالات النادرة التي لا بد فيها من تدخل المدين ليكون التنفيذ العيني ممكناً أو ملائماً يجوز للدائن أن يلجأ إلى وسيلة التهديد المالى (٢).

والالتزام بعمل هو الميدان الذى يتسع عادة للتهديد المالى (٣). . ففى نطاق المعاملات المدنية حيث يكون التنفيذ العيني للالتزام دون تدخل المدين غير ممكن أو غير ملائم ، يجوز الالتجاء إلى التهديد المالى ، كما هو الأمر فى الالتزام بتقديم حساب (٤) ، وفى الالتزام بتقديم مستندات ، وفى الالتزام بالقيام بعمل فى كغناء أو تمثيل أو تصوير (٥) ، وفى التزام شركات الاحتكار بتقديم خدماتها للمستهلكين كاعادة المواصلة التليفونية وتوصيل التيار الكهربائى ، وفى الالتزام باخلاء عين مؤجرة أو تسليمها . وبعض هذه الالتزامات غير ممكن التنفيذ عينا دون تدخل المدين ، وبعضها تنفيذه غير ملائم دون هذا التدخل ، ويكون فى إكراه المدين على التدخل حجر على الحرية الشخصية . وفى نطاق الأحوال الشخصية يجوز الالتجاء إلى التهديد المالى فى الالتزام بتسليم الأولاد إلى من له حق

(١) قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ٨٩٨ — وانظر ديموج ٦ فقرة ٥٠٩ ص ٥٤٦ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ٩٨ — مثل ذلك أن يكون الشيء الذى لم يعين إلا بنوعه وتعهد المدين بنقل ملكيته نادر الوجود ، ويكون من اليسير نسبياً على المدين أن يعثر عليه ، فيحكم عليه بغرامة تهديدية إذا لم يتم بتنفيذ التزامه عيناً (فريجافيل : أنسيكلوبيدى دالوز ١ astreinte فقرة ٢٣) .

ويفسر القضاء الفرنسى فكرة عدم الملاءمة تفسيراً واسعاً ، فيكفى أن يكون التهديد المالى من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام عيناً أبسط فى الإجراءات من التنفيذ القهرى حتى يلجأ إليه القضاء ، ذاهباً إلى أن التنفيذ القهرى فى هذه الحالة يكون غير ملائم ، والواقع أن التنفيذ القهرى ملائم ولكن التهديد المالى أكثر ملاءمة (نقض فرنسى ١٤ مارس سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعى ١٩٢٧ - ٢٧٤ - ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ دالوز الأسبوعى ١٩٣٠ - ٦٠٥ - انظر فى هذا المعنى فريجافيل : أنسيكلوبيدى دالوز ١ astreintes فقرة ٢٤) .

(٣) استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧ .

(٤) استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٢ .

(٥) استئناف مصر ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٤ ص ٤٥٢ .

حضانته^(١) ، وفي التزام الزوجة أن تذهب إلى محل الطاعة ، وهذان التزامان يمكن تنفيذهما جبراً على المدين - وينفذان فعلاً على هذا النحو في كثير من الأحوال في المحاكم الشرعية - ولكن التنفيذ القهري يكون عادة غير ملائم ، فيصح الالتجاء إلى التهديد المالي^(٢) .

وفي الالتزام بالامتناع عن عمل قد يكون الإخلال بالالتزام من شأنه أن يجعل التعويض العيني مستحيلاً ، فلا يكون هناك محل للتهديد المالي . مثل ذلك أن يفشى الطبيب أو المحامي سر المهنة ، فيتعين في هذه الحالة الاقتصار على الحكم بالتعويض . أما إذا كان التعويض العيني ممكناً ولكن عن طريق تدخل المدين الشخصي كوسيلة ضرورية أو ملائمة ، جاز الالتجاء إلى التهديد المالي . مثل ذلك التزام الممثل بالألا يمثل في مسرح معين^(٣) ، والزام المهندس بالألا يعمل في مصنع منافس ، والزام بائع المتجر بالامتناع عن منافسة المشتري ، فانه يجوز الحكم في هذه الحالات على المدين بغرامة تهديدية عن كل مرة يأتي فيها بالأمر الممنوع أو حتى يكف بتاتاً عن هذا الأمر . ويلاحظ هنا أن الغرامة التهديدية تلتبس بالتعويض ، فقد تكون هذه الغرامة تعويضاً عن الضرر الذي يصيب المدين من جراء إخلال المدين بالتزامه في كل مرة . ويمكن مع ذلك تمييز الغرامة التهديدية عن التعويض بمقدار المبلغ المحكوم به ، فاذا تبين أنه يقارب التعويض عن الضرر الناجم عن الإخلال بالالتزام بعد أن يذكر القاضي عناصر هذا الضرر في أسباب حكمه ، كان هذا المبلغ تعويضاً ، وإلا فهو غرامة تهديدية^(٤) .

(١) وقد أصبح الإخلال بهذا الالتزام جريمة جنائية في فرنسا بقانون ٦ ديسمبر سنة ١٩٠١ .

(٢) انظر في تنفيذ هذين الالتزامين في فرنسا عن طريق التهديد المالي بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٤٧ .

(٣) انظر تاريخ نص المادة ٢١٣ آنفاً فقرة ٤٤٦ في الهامش — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٤٧ .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ١٠١ — ديموج ٦ فقرة ٥١٣ — وقد يكون تدخل المدين ضرورياً في تنفيذ الالتزام ، ومع ذلك لا يجوز إجبار المدين على التدخل ، فلا يصح الالتجاء في هذه الحالة إلى التهديد المالي . مثل ذلك أن يكون الأمر متعلقاً بحق المؤلف الأدبي ، كما إذا تعهد مؤلف لناشر أن يضع كتاباً يقوم الثاني بنشره ، ثم قرر المؤلف أن العمل الذي أنتجه غير جدير بالعرض على الجمهور كعمل صادر منه ، فلا يجوز للناشر إجباره على هذا =

٤٥١ - الشرط الثالث - التجاء الدائن الى المطالبة بالتهديد

المالى : والرأى الراجع أنه يجب أن يطلب الدائن بالتهديد المالى ، فلا يجوز أن تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بغرامة تهديدية على المدين إذا لم يطلب الدائن منها ذلك^(١) . على أن هناك رأياً يذهب إلى جواز أن تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بالغرامة التهديدية إذا وجدت أن شروطها متوافرة^(٢) .

ومهما يكن من أمر ، فللدائن أن يطلب الحكم بالغرامة التهديدية فى أية حالة كانت عليها الدعوى . بل ويجوز له أن يطلب ذلك لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، ولا يعتبر هذا الطلب جديداً^(٣) .

وللمحكمة ، إذا طلب الدائن منها الحكم بغرامة تهديدية ، سلطة التقدير فى أن تجيبه إلى هذا الطلب أو ألا تجيبه إليه ، وهذا على فرض أن شروط التهديد المالى متوافرة^(٤) . ولا تخضع المحكمة فى استعمال سلطة التقدير هذه لرقابة محكمة النقض ، إذ هى تقضى فى مسألة موضوعية . أما أن للتهديد المالى شروطاً يجب توافرها حتى يجوز الحكم بغرامة تهديدية ، فهذه مسألة قانون تخضع لمحكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض .

ويجوز لأية جهة مختصة الحكم بالغرامة التهديدية : محكمة مدنية ، أو محكمة تجارية ، أو محكمة جنائية تقضى فى التزام مدنى^(٥) . ويجوز لقاضى الأمور

= العرض عن طريق التهديد المالى . ولكن إذا كان المؤلف قد اتفق مع ناشر آخر ، مخلاً بالتزامه مع الناشر الأول ، فانه يجوز إجباره على التنفيذ العينى عن هذا الطريق (الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٥٦) .

(١) انظر فى هذا المعنى كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٧٧ ص ١٣٤ - ص ١٣٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٩ ص ١٠٢ - مازو فقرة ٢٥٠٧ رقم ١٠ .

(٢) انظر فى هذا المعنى كينيوفقرة ٤٧٠ - الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٥٦ ص ٧٤ - ص ٧٥ - وقارب ديموج ٦ فقرة ٥١٠ - فقرة ٥١١ - فريجايل فى أنسيكلويدى داللو ١ (astreintes) فقرة ٢١ .

(٣) ديموج ٦ فقرة ٥١٠ ص ٥٤٧ .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٩ ص ١٠٢ .

(٥) ولا يجوز لمجلس الدولة فى فرنسا أن يقضى على الحكومة بغرامة تهديدية ، لأنه لا يستطيع أن يصدر لها أمراً (فريجايل : أنسيلكوييدى داللو ١ astreintes فقرة ٣٨) .

المستعجلة أن يحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكم في الموضوع تنفيذاً عينياً ، ومن باب أولى يجوز له أن يقضى بغرامة تهديدية لتنفيذ الحكم المؤقت الذى يصدره هو . ولكن تحويل الغرامة التهديدية الوقفية إلى تعويض ، على النحو الذى سننسطه ، ليس من اختصاص قاضى الأمور المستعجلة ، بل هو من اختصاص قاضى الموضوع (١) .

٤٥٢ — مميزات الحكم بالتهديد المالى : ويمكن الآن أن نستخلص مميزات الحكم بالتهديد المالى ، فهى ثلاثة :

(أولاً) يقدر التهديد المالى عن كل وحدة من الزمن يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه ، أو عن كل مرة يخل فيها بالتزامه ، ولا يقدر مبلغاً مجمداً دفعة واحدة (٢) . وذلك حتى يتحقق معنى التهديد ، فان المدين يحس أنه كلما طال وقت تأخره عن التنفيذ كلما زاد مبلغ الغرامة التهديدية المحكوم بها (٣) .

(ثانياً) التهديد المالى تحكى (arbitraire) ، لا مقياس له إلا القدر الذى يرى القاضى أنه منتج فى تحقيق غايته ، وهى إخضاع المدين وحمله على أن يقوم بتنفيذ التزامه عيناً . فلا يشترط فيه أن يكون مقارباً للضرر الذى يصيب الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام ، بل إنه لا يشترط للحكم به وجود ضرر أصلاً . فليست غايته التعويض عن الضرر ، بل الضغط على المدين وتهديده حتى يقوم بتنفيذ التزامه . فينظر القاضى إذن ، لا إلى الضرر ، بل إلى موارد المدين المالية وقدرته على المطاولة والمضى فى عدم تنفيذ التزامه ، فيقدر مبلغاً يكون من شأنه أن يؤدى فى النهاية بالمدين إلى الرضوخ والإذعان ، ويكون عادة أكبر من الضرر بكثير (٤) . ومن ثم نصت الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ على أنه « إذا رأى القاضى

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٠ — ولا نرى مانعاً من أن تحكم محكمة شرعية أو مجلس ملى بغرامة تهديدية فى مسائل الحضانة والطاعة بدلا من الحكم بالتنفيذ القهرى (manu militari) . ويجوز من باب أولى ، بعد إلغاء هذه المحاكم وتوحيد القضاء ، أن يصدر حكم بذلك من دوائر الأحوال الشخصية التى ستستحدث فى المحاكم الموحدة .

(٢) وكان فى بداية الأمر فى فرنسا يقدر مبلغاً مجمداً (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٧ ص ٩٧ — ديموج ٦ فقرة ٥٠٧ ص ٥٤٢) .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٣ .

(٤) انظر مع ذلك استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٩ — ٢٨ أبريل =

أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع من التنفيذ ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة». فللقاضي إذن إذا قدر في البداية مبلغاً ، ثم رآه غير كافٍ للتغلب على عناد المدين ، أن يزيد في هذا المبلغ إلى القدر الذي يراه كافياً . ولا يمنع من ذلك حجبة الأمر المقضى ، فإن الحكم بالتهديد المالى لا يجوز هذه الحجبة كما سنرى (١) .

(ثالثاً) التهديد المالى حكم وقى وتهديدى (provisoire et comminatoire) .
ويترتب على ذلك ما يأتى :

(١) الحكم بالتهديد المالى لا يكون نهائياً واجب التنفيذ ، حتى لو صدر من محكمة آخر درجة ، أو كان الحكم الأصيل مشمولاً بالنفاذ المعجل ، بل يبقى الحكم معلقاً على رأس المدين ، مهدداً له ليحمله على تنفيذ التزامه ، ولا يجوز تنفيذه إلا إذا تحول إلى تعويض نهائى كما سيأتى (٢) .

(٢) ما دام المدين لم يخط خطوته الحاسمة فى تنفيذ الالتزام أو فى الإصرار على عدم تنفيذه ، فإن مصير الحكم بالتهديد المالى يبقى غير مبتوت فيه ، فلا يطلب من المدين مثلاً أن يدمج الغرامة التهديدية فى عرض حقيقى للمدين المترتب فى ذمته (٣) ، ولا تدخل هذه الغرامة ضمن الطلب الأصيل لتقدير قيمة الدعوى من حيث النصاب الجائز استئنافه (٤) .

= سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٦ (حيث يعتبر التهديد المالى حكماً بتعويض مقدّر سلفاً عن المستقبل «ad futurum» ، وسنعود للإشارة إلى ذلك) .

(١) وفى إحدى القضايا فى فرنسا (نقض فرنسى أول ديسمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ — ٢٨٩) زيدت الغرامة التهديدية من مائة فرنك فى اليوم إلى عشرة آلاف من الفرنكات (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩١ ص ١٠٥) .

(٢) انظر آنفاً تاريخ نص المادة ٢١٤ فقرة ٤٤٦ فى الهامش — ديموج ٦ فقرة ٥١٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكرر ثالثاً — الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٤ — استئناف مختلط ٢٦ يونيو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٥٥ — ٧ يونيو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٢٠ — ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٦١ — اسكندرية الكلية الوطنية ١٦ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ ص ١٠٢٥ . بل ولا يجوز حجز ما للمدين لدى الغير بمقتضى غرامة تهديدية (الأستاذ عبدالحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام ٣ ص ١٩٠ — ص ١٩٢) .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٤ .

(٤) مصر الكلية الوطنية ٢٤ مارس سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٤ ص ٨٤ .

(٣) لا يجوز الحكم بالتهديد المالى حجية الأمر المقضى (١) ، لأنه حكم وقى تهديدى كما قدمنا . فيجوز أولاً أن يزيد فيه القاضى إذا رآه غير كاف كما سبق القول . ويجوز ثانياً ، عند تحويله إلى تعويض نهائى ، أن ينقص منه أو يلغيه كله ، مراعيًا فى ذلك الضرر الذى أحاق بالدائن كما سئرى .

(٤) الحكم بالتهديد المالى لا يكون قابلاً للطعن فيه بطريق النقض ، حتى لو صدر من محكمة آخر درجة . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يقبل الطعن بطريق النقض فى الحكم الصادر بعدم جواز استئناف حكم ابتدائى قضى بالزام مصلحة الضرائب بتقديم الملف الفردى مع إلزامها بغرامة تهديدية فى حالة عدم التنفيذ ، بحجة أنه حكم قطعى ، ذلك لأن الحكم المستأنف لم يمه الخصومة الأصلية أو جزءاً منها ، وإنما قضى بإجراء فيها ، أما احتواؤه على الغرامة التهديدية فليس من شأنه أن يجعله هو أو الحكم الاستئنافى المطعون فيه حكماً وقتياً فى معنى المادة ٣٧٨ من تقنين المرافعات (٢) .

٤٥٣ - طبيعة الحكم بالتهديد المالى : تبين مما قدمناه أن الغرامة التهديدية ليست تعويضاً فهى لا تقاس بمقياس الضرر ولا تتوقف عليه إطلاقاً ، وإذا حكم القاضى بغرامة تهديدية لا يسبب حكمه بخلاف الحكم بالتعويض فإنه واجب التسبيب ، وقد كان القضاء الفرنسى فى بداية الأمر يخلط ما بين التهديد المالى والتعويض عمداً حتى يجد سنداً قانونياً للتهديد المالى ، ثم ما لبث أن ميز تمييزاً واضحاً ما بين الاثنين (٣) .

والغرامة التهديدية ليست عقوبة خاصة (peine privée) ، وإن كانت تشبه العقوبة . والفرق بينهما أن العقوبة نهائية يجب تنفيذها كما نطق بها ، أما الغرامة التهديدية فهى شىء وقى كما قدمنا ، ولا تنفذ إلا عندما تتحول إلى تعويض

(١) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣٩ .

(٢) نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ٢٣٤ ص ٩٤٢ .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٢ - وقد وصل هذا التمييز إلى حد أن تقضى المحكمة فى حكم واحد بتعويض نهائى عن الضرر الذى وقع فى الماضى وبغرامة تهديدية لحمل المدين على تنفيذ التزامه فى المستقبل (نقض فرنسى ٧ فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت دى تريبينو ١٩٢٢ - ١ -

٢١٤ - ديموج ٦ فقرة ٥١٢ ص ٥٤٩) .

نهائى ، وهى فى هذا التحول قد تنتقص أو تلغى ، فالذى ينفذ فى الواقع من الأمر ليس هو الغرامة التهديدية الوقتية بل هو التعويض النهائى ^(١) .

ولمّا الغرامة التهديدية وسيلة للضغط على المدين والتغلب على عناده حتى يحمل على تنفيذ التزامه ^(٢) . فهى إذن وسيلة من وسائل التنفيذ العينى الجبرى . وهى وسيلة غير مباشرة ^(٣) ، تتفق فى هذا مع الإكراه البدنى الذى هو أيضاً وسيلة غير مباشرة ، وتختلف عن التنفيذ القهرى وهو وسيلة مباشرة . ولما كانت الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة ، فهى قد تنجح وقد لا تنجح تبعاً لما انتهى إليه المدين من تنفيذ التزامه أو الأصرار على عدم التنفيذ ^(٤) .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٣ — وقارن الموجز للمؤلف فقرة ٤٤١ .
(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويتضح مما تقدم أن الغرامة التهديدية ليست ضرباً من ضروب التعويض ، وإنما هى طريق من طرق التنفيذ رسمها القانون ، وقصر نطاق تطبيقها على الالتزامات التى يقتضى الوفاء بها تدخل المدين نفسه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠) . وجاء فى الموجز للمؤلف : « وسنرى أن المدين لا يحكم عليه فى آخر الأمر إلا بتعويض مناسب لما أصاب الدائن من الضرر . ومع ذلك يبقى التهديد المالى وسيلة لإجبار المدين على التنفيذ ، لأن الحكم عليه بتهديد مالى من شأنه أن يلقى فى نفسه القلق والانزعاج ، إذ لا يعرف على وجه الدقة المبلغ الذى سيحكم به القاضى نهائياً على سبيل التعويض . ثم هو من جهة أخرى يعلم أن مبادرته إلى تنفيذ التزامه تجعل القاضى أكثر استعداداً لرفع التهديد المالى عنه أو لتخفيفه إلى درجة كبيرة ، وأن إصراره على عدم التنفيذ من شأنه أن يجعل القاضى متشدداً فى تقدير التعويض ، ويزيد التعويض كلما كان الإصرار لا مبرر له ، وقد ينتهى الأمر بالحكم عليه نهائياً بكل المبلغ الذى حكم عليه به مبدئياً على سبيل التهديد . كل هذه الاعتبارات من شأنها أن تجعل التهديد المالى وسيلة ناجعة لإجبار المدين على القيام بتنفيذ التزامه ، دون أن يكون هناك حجب على حريته الشخصية » (الموجز ص ٤٣٣ هامش رقم ١) .

(٣) استئناف مخطوط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧ — أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٦ .

(٤) ديموج ٦ فقرة ٥١١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٤ — وقد رتب القضاء الفرنسى على أن الغرامة التهديدية إنما هى وسيلة غير مباشرة للتنفيذ وليست تنفيذاً مباشراً أنها تسرى من وقت صدور الحكم الابتدائى بها ، حتى لو كان هذا الحكم غير قابل للتنفيذ واستؤنف فصدر حكم استئنافى يؤيده . أما القضاء المصرى فيجعلها تسرى من وقت صدور الحكم الاستئنافى لا من وقت صدور الحكم الابتدائى ، فهى أمر من المحكمة لا يبدأ سريانه إلا من وقت صيرورته نهائياً . وقد جاء فى الموجز للمؤلف فى هذا المعنى : « وقد كان من مقتضى ذلك — أى من مقتضى أن التهديد المالى أمر — ألا يبدأ سريان الحكم بالتهديد المالى إلا من وقت صيرورة هذا الأمر نهائياً ، فإذا استؤنف حكم بتهديد مالى ، وجب انتظار الفصل النهائى من محكمة الاستئناف ، حتى يعلم =

٤٥٤ — **النشر القانوني للتهديد المالي** : لا يوجد في التقنين المدني الفرنسي ولا في التقنين المدني المصري السابق نص يصلح أن يكون سنداً تشريعياً للحكم بالغرامة التهديدية .

وقد استند القضاء الفرنسي ، بطريق غير مباشر ، إلى المادة ١٠٣٦ من تقنين المرافعات الفرنسي ، وهي تقضى بأنه « يجوز للمحاكم ، في القضايا التي تعرض عليها ، وتمشيا مع ما توحيه الظروف من الخطورة ، أن تصدر أوامر (injonctions) ، ولو من تلقاء نفسها ، وأن تعدم أوراقا مكتوبة تعلن أنها قد تضمنت قذفا ، وأن تأمر بطبع أحكامها ونشر هذه الأحكام » . فالحكم الصادر بالغرامة التهديدية هو أمر (injonction) يصدر من المحكمة ، بما لها من سلطة الأمر (imperium, judicia ordinatoria) ، لا بما لها من ولاية الحكم (jurisdictio, judicia decisoria) ، للمدين المتعنت الممتنع عن تنفيذ التزامه بتنفيذ هذا الالتزام ، فإن لم يفعل فجزاؤه على العصيان غرامة تهديدية^(١) . ولا شك في أن النص الذي استند إليه القضاء الفرنسي إنما قصد به بسط سلطة القاضي في إدارة الجلسة ، والتهديد المالي حكم موضوعي لا علاقة له بإدارة الجلسة . ولا شك في

= المدين أن الأمر بالتنفيذ قد تأيد نهائياً ولا مناص من الطاعة . مثل ذلك أن يصدر حكم بإلزام المدين بالتنفيذ العيني في مدة شهر وإلا دفع مبلغاً معيناً عن كل يوم يتأخر فيه عن التنفيذ ، ثم يستأنف هذا الحكم ، ويستغرق نظره في الاستئناف مدة أربعة أشهر ، ثم تؤيد محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي . في مثل هذه الحالة يجب إعطاء المدين مهلة شهر للتنفيذ العيني ، وتسرى هذه المهلة من وقت صدور حكم الاستئناف لا من وقت صدور الحكم الابتدائي . وبهذا تقضى المحاكم المصرية (استئناف أهلى ٢٢ يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ ص ٥٨ — محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية ١٦ يناير سنة ١٩٢٢ المحاماة ١٢ ص ١٢٢٥ — استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية المختلطة ٤ ص ٩٧ — ٢١ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٩٦) . ولكن محكمة النقض الفرنسية تجعل المهلة تسرى من وقت صدور الحكم الابتدائي (١٥ نوفمبر سنة ١٨٨١ دالوز ٨٢ — ١ — ١٣٤) مخالفة في ذلك أحكام المحاكم الاستئنافية والابتدائية الفرنسية (باريس الاستئنافية ١٢ فبراير سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٩ — ٢ — ١١٣ — السين الابتدائية ١٥ يولييه سنة ١٩٠٩ دالوز ٩١١ — ٢ — ٣٠٣) « (الموجز ص ٤٣٦ هامش رقم ٢) .

(١) أسبان في مقال له في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٠٣ ص ٥ — ص ٥٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٤٧٩ مكررة .

(٥٢ الوسيط — ج ٢)

أن القضاء الفرنسي قضاء اجتهادى لا سند له من النصوص التشريعية ، وأن نظرية التهديد المالى نظرية خلقها القضاء لا المشرع^(١).

وفى عهد التقنين المدنى السابق سار القضاء المصرى على أثر القضاء الفرنسى فى اجتهاده فى الحكم بالتهديد المالى ، وفى اعتباره حكماً وقتياً تهديدياً للقاضى تخفيضه أو إلغاؤه^(٢).

أما فى التقنين المدنى المصرى الجديد فقد وجد السند التشريعى لنظرية التهديد

(١) وكثير من الفقهاء الفرنسيين يذهبون إلى عدم مشروعية التهديد المالى ، وإلى أن القضاء لا يستند فى ذلك إلى أى أساس قانونى (ديمولومب ٢٤ فقرة ٤٩٦ — فقرة ٤٩٧ — لوران ١٦ فقرة ٣٠١ — هيك ٧ فقرة ١٣٦ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٩ ص ٦١ — ص ٦٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٤٧٩ — ديموج ٦ فقرة ٥٢٤ — فقرة ٥٢٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٤٨ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٦٥٣ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٧٧ — جوسران ٢ فقرة ٦٠٠) .
على أن المشرع الفرنسى أصدر قانوناً فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ ، خاصاً بالمساكن الصغيرة ، وقد ورد فى الفقرة الثالثة من المادة السادسة من هذا القانون نص يرتب إلزاماً قضائياً ، وأجاز للقضاء أن يصدر حكماً تهديدياً عن كل يوم يتأخر فيه الملتزم عن تنفيذ هذا الالتزام (à peine d'une astreinte pour chaque jour de retard) ، وفى هذا إقرار تشريعى لنظرية التهديد المالى فى مسألة معينة (الموجز للمؤلف ص ٤٣٧ هامش رقم ١) . انظر أيضاً قانون ١٨ يوليه سنة ١٩٣٧ ، وقانون ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ ، وقانون ٢١ يوليه سنة ١٩٤٩ (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكررة ثانياً ص ١١٢ هامش رقم ٢ وفقرة ٧٩٥ مكررة رابعاً ص ١١٦ - ص ١١٧) .

وانظر فى أن القضاء البلجيكي لا يسلم بنظرية التهديد المالى دى باج ٣ فقرة ١٦١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكررة ثانياً ص ١١٢ هامش رقم ١ . ولكن هذا القضاء يقر مشروعية التعويض عن المستقبل (ad futurum) يقدر سلفاً إذا طلب الدائن ذلك مع اصطناع الحيلة فى هذا الطلب (دى باج ٣ فقرة ١٦٢ - فقرة ١٦٤) . وانظر فى عدم التسليم بنظرية التهديد المالى فى أسبانيا والبرتغال وهولندا والأرجنتين والبرازيل وسويسرا وألمانيا : ديموج ٦ فقرة ٥٢٩ .

(٢) استئناف مختلط ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩ - ٢٤ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٩ - والتون ٢ ص ٢٤٩ - ص ٢٥١ - الموجز فقرة ٤٤١ - على أن محكمة الاستئناف المختلطة قضت فى بعض أحكامها بأن القضاء المختلط لا يعترف بالتهديد المالى على أساس أنه حكم وقتى تهديدى (astreinte comminatoire) ، بل يقره على أساس أنه حكم بتعويض مقدّر سلفاً عن المستقبل (astreinte compensatoire) : استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٩ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٦ (وانظر جبريل بسطوروس فى تعليقاته على التقنين المدنى المختلط جزء ٢ ص ٢٤٨ هامش رقم ٣) .

المالى فى النصوص التى تقدم ذكرها ، ولم نعد فى حاجة إلى سند قانونى آخر .
على أن هذه النصوص ذاتها ليست كما قدمنا إلا تقنيناً للقضاء المصرى فى عهد
التقنين المدنى السابق .

المطلب الثانى

أثر الحكم بالتهديد المالى

٤٥٥ - موقف المدين من التهديد المالى : إذا حكم على المدين
بغرامة تهديدية ، فإنما يقصد بذلك كما قدمنا إلى الضغط عليه والتغلب على عناده
حتى يدعى فىقوم بتنفيذ التزامه .

وهو فى النهاية يقف أحد موقفين : إما أن يحدث التهديد المالى فيه أثره
فيقلع عن عناده ويعمد إلى تنفيذ التزامه ^(١) ، وإما أن يصر على موقفه ويصمم
على ألا يقوم بتنفيذ الالتزام .

وفى الحالتين يكون الموقف قد تكشف نهائياً ، عن التنفيذ أو عدم التنفيذ ،
فلم تعد هناك جدوى من استبقاء التهديد المالى بعد أن استنفذ أغراضه . ومن ثم
وجب النظر فى مصير الغرامة المالية وتحويلها إلى تعويض نهائى .

٤٥٦ - تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائى : وقد نصت

المادة ٢١٤ كما رأينا على أنه «إذا تم التنفيذ العينى أو أصر المدين على رفض
التنفيذ ، حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين ، مراعيًا فى ذلك
الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين» . ويستخلص من هذا
النص أنه لما كانت الغرامة التهديدية قد استنفدت أغراضها ، لم يعد بد من تحويلها
إلى تعويض نهائى . فيجب إذن أن يلجأ الدائن إلى محكمة الموضوع طالبا تصفية

(١) هذا وقد يقوم المدين بتنفيذ الالتزام خشية تراكم الغرامة التهديدية ، لا لأنه راض
بالحكم ، ولا يمنعه تنفيذ الالتزام فى هذه الحالة من استئناف الحكم ولا يحتج عليه بأنه رضى به
بسبب هذا التنفيذ (ديموج ٦ فقرة ٥١٦) .

الغرامة التهديدية والحكم على المدين بتعويض نهائي يستطيع أن ينفذ به على أمواله ، فقد رأينا أن الغرامة التهديدية لا يستطيع أن ينفذ بها .

هذا وليس ثمة ما يمنع الدائن من أن يطلب التنفيذ الجبرى للالتزام بعد أن يتبين أن التهديد المالى لم يثمر فى التغلب على عناد المدين . ويتحقق ذلك إذا كان التنفيذ القهرى دون تدخل المدين ممكناً وإنما التجأ الدائن إلى التهديد المالى لأن هذا التنفيذ غير ملائم ، فلما أصر المدين على عدم التنفيذ وكان التنفيذ القهرى لا يزال ممكناً ، جاز للقاضى أن يحكم به مع التعويض عن الضرر الذى أصاب الدائن من جراء التأخير فى هذا التنفيذ^(١) .

٤٥٧ — عناصر التعويض : على أن القاضى فى الكثرة الغالبة من الأحوال لا يقضى بالتنفيذ القهرى ، وإلا كان قضى به منذ البداية بدلاً من أن يقضى بالتهديد المالى . وإنما تقتصر مهمة القاضى فى الغالب على تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائى كما قدمنا .

وعناصر التعويض النهائى هى نفس عناصر التعويض العادى : ما أصاب الدائن من ضرر وما فاتته من نفع من جراء عدم التنفيذ إذا كان المدين قد أصر على عدم التنفيذ ، أو من جراء التأخر فى التنفيذ إذا كان المدين قد رجع عن عناده وقام بتنفيذ التزامه .

على أن هناك عنصراً جديداً — وهو العنصر البارز فى التعويض الذى يعقب التهديد المالى ، بل هو العنصر الذى يخرج التعويض عن معناه المألوف إلى المعنى الذى يتفق مع فكرة التهديد المالى — يجب أن يدخله القاضى فى حسابه عند تقدير التعويض النهائى . هذا العنصر هو العنت الذى بدا من المدين . فيستطيع القاضى أن يزيد فى التعويض فى مقابل الضرر الأدبى الذى أصاب الدائن من جراء عناد المدين وتعنته واصراره على عدم تنفيذ التزامه أو تأخره المتعمد فى هذا التنفيذ .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٩ ص ١٠٢ — بل ويجوز أن يكون الالتزام بما يمكن للدائن نفسه أن ينفذه دون تدخل المدين ، ولكن الدائن لجأ إلى التهديد المالى لكونه أكثر ملاءمة ، فلما لم يجد قام الدائن بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين . ففى تم التنفيذ على هذا الوجه يكون الموقف هنا أيضاً قد تكشف ، ويجب النظر فى تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائى (ديموج ٦ فقرة ٥١٥) .

ويلاحظ أن تعويض الدائن عن العنت الذى بدا من المدين يمكن أن يتحقق، حتى لو كان المدين انتهى بعد تباطؤ إلى القيام بتنفيذ التزامه، فلا يزال هناك عنت من المدين أصاب الدائن بضرر أدبى، فيجب تعويضه عنه. ولكن عنصر العنت إنما تبرز أهميته في حالة ما إذا كان المدين قد أصر على عدم التنفيذ، إذ يكون العنت في هذه الحالة أكثر وضوحاً وأبلغ ضرراً. هذا ولا يخفى ما للتعويض عن عنت المدين من أهمية بالغة، فهو الذى يجعل للتهديد المالى مزية ليست له في القانون الفرنسى حيث يقتصر القاضى على تقدير التعويض بقدر الضرر الذى أصاب الدائن دون أن يزيد شيئاً، فيعلم المدين مقدماً أنه لن يحكم عليه بتعويض يزيد على الضرر، ويفقد التهديد المالى مزيته ولا يصلح أداة للضغط على المدين والتغلب على عناده^(١). وقد أمكن في التقنين المصرى الجديد إضافة عنصر العنت إلى التعويض بفضل النص على ذلك صراحة في المادة ٢١٤ كما رأينا^(٢). أما في فرنسا فلا يوجد نص يسمح للقاضى بإضافة هذا العنصر، فلا يستطيع إلا أن يلتزم القواعد العامة في تقدير التعويض.

(١) ومن أجل ذلك يشكو الفقه الفرنسى من أن التهديد المالى، في الوضع الذى أقره القضاء، ليس له تأثير كبير في التغلب على عناد المدين. وقد ذهبت بعض المحاكم في فرنسا، حتى يكون للتهديد المالى التأثير المطلوب، إلى أن تقضى بغرامة نهائية لا تكون قابلة للتخفيض، ولكن محكمة النقض الفرنسية (نقض فرنسى ١٣ أبريل سنة ١٩٥١ جازيت دى پاليه ١٩٥١—١—٢٢) أبت أن تقر هذا الموقف (بلانيول وريير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكررة).

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى: «يبد أن الحكم الصادر بالغرامة التهديدية حكم موقوف، ثلثي علة قيامه متى اتخذ المدين موقفاً نهائياً منه، إما بوفائه بالالتزام وإما بإصراره على التخلف. فإذا استبان هذا الموقف، وجب على القاضى أن يعيد النظر في حكمه ليفصل في موضوع الخصومة. فإن كان المدين قد أوفى بالتزامه حط عنه الغرامة إزاء استجابته لما أمر به، وألزمه بتعويض عن التأخير لا أكثر. وإن أصر المدين على عناده نهائياً، قدر التعويض الواجب عن الضرر الناشئ عن عدم الوفاء، ولكن ينبغي أن يراعى في هذا التقدير ما يكون من أمر ممانعة المدين تعنتاً باعتبار هذه الممانعة عنصراً أدبياً من عناصر احتساب التعويض. وفي هذا النطاق يتمثل لب نظام الغرامات المالية ومعقل القوة فيه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠). ولا يؤخذ مما تقدم أن عنصر العنت لا يحسب حسابه إذا أوفى المدين بالتزامه، كما يبدو من ظاهر العبارة الواردة في المذكرة الإيضاحية من أن الغرامة في هذه الحالة تحط عن المدين ويلزم بتعويض عن التأخير لا أكثر. فإنه إذا كان هذا هو الغالب، إلا أن ذلك لا يمنع من إدخال عنصر العنت في الحساب، حتى لو أوفى المدين بالتزامه ولكن بعد تباطؤ ملحوظ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

ومتى تم للقاضي تقدير التعويض النهائي على النحو الذي يسطناه، قضى به على المدين، واستطاع الدائن عندئذ أن ينفذ به على أموال المدين، لا على أنه تهديد مالى، بل على أنه تعويض نهائي. والغالب أن يكون هذا التعويض أقل من التهديد المالى^(١)، بل قد لا يرى القاضي في بعض الحالات وجهاً للحكم بتعويض ما لانعدام الضرر وعدم إمعان المدين في العنت، فيلغى الغرامة المالية دون أن يحل مكانها أى تعويض^(٢). على أن التعويض قد يكون في بعض الحالات معادلاً للغرامة المالية، لاسيما إذا أمعن المدين في العنت والاصرار على عدم تنفيذ التزامه، فيستبقى القاضي التهديد المالى كما هو دون أن ينقصه، ولكن التهديد المالى تتغير مع ذلك طبيعته فينقلب من تهديد مالى إلى تعويض نهائي^(٣). ويجب على القاضي في جميع الأحوال، عند تحويل التهديد المالى إلى تعويض نهائي، أن يسبب حكمه وأن يبين في الأسباب أن التعويض قد قيس بمقياس الضرر الذى أصاب الدائن، وقد كان الحكم القاضي على المدين بدفع غرامة تهديدية غير مسبب كما سبق القول^(٤).

= ويترتب على أن عنصر العنت الذى بدا من المدين منصوص عليه في التقنين أن القاضي إذا أغفل هذا العنصر في تقدير التعويض، خضع لرقابة محكمة النقض، إذ القانون يلزمه بمراعاة هذا العنصر، فإذا هو لم يراععه كان هذا إخلالاً منه بمسألة قانونية (انظر الأستاذ عبد الحى حجازى في النظرية العامة للالتزام جزء ٣ ص ١٨٨ — ص ١٨٩ — وانظر في تقدير نظام التهديد المالى الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٥٨).

(١) والحكم القاضي بتخفيض الغرامة المالية لا يلغى التنبيه (commandement)، ولكن يقصر أثره على المبلغ المخفض (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٦).

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يجوز للمحكمة أن تلغى الغرامة التهديدية التى قررت إلزام خصم بها، متى اتضح أن الخصم المذكور نفذ أمر المحكمة بعد الميعاد الذى حددته له بمدة قصيرة، وأن هذا التأخر ناشئ عن عذر مقبول، ولكن في هذه الحالة تلزمه بمصروفات الدعوى التى رفعها بطلب إعفائه من الغرامة (٣ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٨٠).

(٣) استئناف أهل ١١ يونيو سنة ١٩١٧ الشرائع ٥ ص ٤٧ — بنى سوييف الكلية ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٤ ص ١٧٠ — المنيا الجزئية ٣١ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٨٥ — استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣٩ — ١٨ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٦.

(٤) نقض فرنسى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجلة الأسبوع القانونى سنة ١٩٥١ ص ٦٠٨٩ — الأستاذ عبد الحى حجازى في النظرية العامة للالتزام جزء ٣ ص ١٨٧ وهامش رقم ١.

الباب الثالث

التنفيذ بطريق التعويض

(Exécution par équivalent - Dommages - intérêts)

٤٥٨ - متى يكون التنفيذ بطريق التعويض : رأينا فيما تقدم متى يكون التنفيذ العيني للالتزام . ويمكن أن يستخلص من ذلك متى يكون تنفيذ الالتزام بطريق التعويض^(١) .

فاذا أصبح التنفيذ العيني للالتزام مستحيلاً بخطأ المدين ، لم يبق إلا التنفيذ بطريق التعويض . ويعتبر التنفيذ العيني مستحيلاً إذا كان هذا التنفيذ يقتضي تدخل المدين الشخصي ، وامتنع هذا عن التنفيذ ولم يجد التهديد المالي في التغلب على عناده . وقد مر القول في ذلك .

وحتى إذا كان التنفيذ العيني ممكناً دون تدخل المدين ، ولكن لم يطلبه الدائن ولم يتقدم المدين به ، فإن التنفيذ بطريق التعويض يحل محل التنفيذ العيني كما رأينا .

وحتى إذا طلب الدائن التنفيذ العيني ، ولكن هذا التنفيذ كان مرهقاً للمدين ، وكان عدم القيام به لا يعود بضرر جسيم على الدائن ، فإن القاضي يقتصر على الحكم بتعويض ، وقد سبق تفصيل ذلك .

ثم إنه يجب للتنفيذ بطريق التعويض ، كما يجب للتنفيذ العيني ، إعدار المدين ، وسنتكلم تفصيلاً في الإعدار عند الكلام في تقدير التعويض عن طريق القاضي .

(١) وقد سبق أن رأينا أن التعويض ليس التزاماً تمييزياً أو التزاماً بديلاً ، وأن الالتزام ، سواء نفذ تنفيذاً عينياً أو نفذ بطريق التعويض ، هو واحد لم يتغير ، والذي تغير هو محل الالتزام فبعد أن كان تنفيذاً عينياً أصبح تعويضاً ، فبقى الضمانات التي كانت تكفل التنفيذ العيني كافلة للتعويض (انظر آ نفا فقرة ٤٠٩ والهوامش) .

٤٥٩ — التنفيذ بطريق التعويض يتناول كل التزام أياً كان

مصدره : وكل التزام ، أياً كان مصدره ، يجوز تنفيذه عن طريق التعويض .
فالالتزام العقدي ، سواء كان التزاماً بنقل ملكية أو التزاماً بعمل أو التزاماً بالامتناع عن عمل ، يكون تنفيذه بطريق التعويض في الحالات التي تقدم ذكرها في الفقرة السابقة ، وبخاصة إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً بخطأ المدين . ويصبح التنفيذ العيني مستحيلاً في الالتزام بنقل ملكية شيء معين إذا هلك هذا الشيء أو انتقلت ملكيته إلى الغير^(١) ، وفي الالتزام بعمل إذا انعدمت الوسائل اللازمة للقيام بهذا العمل أو كان ينبغي أن يتم القيام به في مدة معينة وانقضت هذه المدة ، وفي الالتزام بالامتناع عن عمل إذا أتى المدين الأمر الممنوع . وقد مر بيان ذلك تفصيلاً فيما تقدم .

والالتزامات التي لا يكون مصدرها العقد يغلب أن يكون تنفيذها بطريق التعويض . فالالتزام التقصيري ليس لإنتيجة للإخلال بالالتزام قانوني هو أن يتخذ الشخص الحيلة الواجبة لعدم الإضرار بغيره ، وجزاء هذا الإخلال هو التعويض ، وهذه هي المسؤولية التقصيرية . والالتزام الناشئ من الإثراء بلا سبب ليس لإنتيجة للإخلال بالالتزام قانوني آخر ، هو ألا يثرى الشخص على حساب غيره دون سبب ، وجزاء هذا الإخلال هو التعويض . وكثير من

(١) أما إذا كان الالتزام بنقل الملكية هو التزام بدفع مبلغ من النقود ، فالتنفيذ العيني والتعويض فيه يستويان ، لأن التعويض لا يكون إلا في دفع المبلغ محل الالتزام فيتلاقى مع التنفيذ العيني ، إذ أن النقود لا تتعين بالتميين .

فالالتزام بدفع مبلغ من النقود يكون إذن قابلاً للتنفيذ العيني في جميع الأحوال . ولا يمكن أن يقال هنا إن التنفيذ العيني يتحول إلى تعويض ، فكلاهما شيء واحد ، والأولى أن نسمي هذا الشيء تنفيذاً عينياً لا تعويضاً لأن الأصل هو التنفيذ العيني . ولا يكون هناك تعويض عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، إلا إذا كان تعويضاً عن التأخر في التنفيذ ، لا تعويضاً عن عدم التنفيذ . ولا يصح القول إن الالتزام بدفع مبلغ من النقود يصبح تنفيذه العيني مستحيلاً إذا كان المدين معسراً ، فإن استحالة التنفيذ العيني ليس معناها صعوبة استيفاء الدين لإعسار قد يعقبه يسار ، بل الاستحالة معناها عدم إمكان التنفيذ مطلقاً في أي حال من الأحوال . ويترتب على ذلك أن الإعسار ، ولو كان بقوة قاهرة ، ليس سبباً في انقضاء الالتزام ، لأنه لا يجعل تنفيذه مستحيلاً (الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٢ ص ٤٣٧ هامش رقم ٣ — انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٢٣) .

الالتزامات القانونية الأخرى ويكون تنفيذها بطريق التعويض ، كالتزام الجار ألا يضر بجاره ضرراً فاحشاً والالتزام بعدم إفشاء سر المهنة . وهناك من الالتزامات القانونية ما يمكن تنفيذه عينا ، كالتزام بالنفقة والتزامات الأولياء والأوصياء والقوام ، ومع ذلك يجوز عند الإخلال ببعض هذه الالتزامات أن يكون التنفيذ بطريق التعويض .

٤٦٠ — وسائل تنفيذ التعويض : ووسائل تنفيذ التعويض ، كوسائل التنفيذ العيني ، هي التنفيذ الاختياري والتنفيذ الجبري . فاذا حكم على المدين بدفع تعويض للدائن ، ولم يدفع المدين هذا التعويض اختياراً — وهذا هو الوفاء (paiement) — جاز للدائن إجباره على الدفع بطريق التنفيذ القهري . ولما كان التعويض عادة هو مبلغ من النقود ، فانه يمكن دائماً تنفيذه بطريق الحجز على أموال المدين . ولكن قد يكون التعويض عينياً في بعض الحالات ، فيجوز الالتجاء إلى التهديد المالي للوصول إلى هذا التعويض العيني بطريق غير مباشر . ويصلح الإكراه البدني وسيلة غير مباشرة لتنفيذ التعويض ، على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم .

٤٦١ — كيفية تقرير التعويض : والمهم في التنفيذ بطريق التعويض أن نستعرض الطرق المختلفة لتقدير التعويض .

فتارة — وهذا هو الأصل — يقوم القاضي بتقدير التعويض ، وهذا هو التعويض القضائي .

وطوراً يكون تقديره مقدماً باتفاق الطرفين ، وهذا هو التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي .

وثالثة يكون التقدير عن طريق القانون ، كما وقع ذلك في تحديد سعر الفائدة ، وهذا هو التعويض القانوني^(١) .

فنستعرض هذه الطرق المختلفة في فصول ثلاثة :

(١) وقد نصت المادة ٢٥٩ من تقنين الموجبات والعقود البنائي على « أن تعيين قيمة بدل الضرر يكون في الأساس بواسطة القاضي ، وقد يكون بنص قانوني أو باتفاق بين المتعاقدين .

الفصل الأول

التعويض القضائي

٤٦٢ — الاعذار ونقير القاضي للتعويض : يجب إعدار المدين ومطالبته بتنفيذ التزامه . وقد رأينا أن هذا واجب في التنفيذ العيني ، وهو واجب أيضاً في التنفيذ بطريق التعويض . بل إن الإعدار في التنفيذ بطريق التعويض ، وبخاصة في التعويض عن تأخر المدين في التنفيذ ، له أهمية بالغة كما سرى .

وأكثر ما يبرز الإعدار في التعويض القضائي ، وإن كان واجباً أيضاً في التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) كما سيأتي . فآثرنا أن نبحت الإعدار في هذا المكان ، متوخين في ذلك الناحية العملية .

وبعد أن يعذر الدائن المدين ، يقيم عليه الدعوى يطالبه بتنفيذ التزامه . ونحن هنا في صدد التنفيذ بطريق التعويض ، فيطلب الدائن إلى القاضي تقدير التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه ومن جراء تأخره في هذا التنفيذ .

فتكلم إذن في مسألتين : (أولاً) الإعدار (ثانياً) تقدير القاضي للتعويض .

الفرع الأول

الاعذار

(La mise en demeure)

٤٦٣ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢١٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين ، ما لم ينص على غير ذلك » .

وتنص المادة ٢١٩ على ما يأتي :

« يكون إعدار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ، ويجوز أن يتم الإعدار

عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات . كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى إجراء آخر .

وتنص المادة ٢٢٠ على ما يأتي :

«لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية : (أ) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين (ب) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع (ج) إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك (د) إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه^(١) .»

(١) تاريخ النصوص :

م ٢١٨ : ورد هذا النص في المادة ٢٩٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٢٥ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٥ — ص ٥٥٦) .

م ٢١٩ : ورد هذا النص في المادة ٢٩٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «يكون إعذار المدين بإذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ، ويجوز أن يتم الإعذار بأى طلب كتابي آخر ، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إنذار» . وفي لجنة المراجعة حلت عبارة «أى إجراء آخر» محل كلمة «إنذار» الواردة في آخر المادة ، لأن الإعذار بالاتفاق عليه مقدماً يعتبر أعذاراً تم بإجراء معين ، ولا يدخل في الحالات التي لا ضرورة للإعذار فيها وهي الحالات المنصوص عليها في المادة التالية . وأصبح رقم المادة ٢٢٦ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص . وفي لجنة مجلس الشيوخ سئل عما إذا كان الإعذار بكتاب عادي يكفي ، فأجيب بأنه يكفي لأن المراد بالإعذار هو تنبيه المدين إلى أن الدائن غير متهاون في حقه في التنفيذ فلم تأخذ اللجنة بهذا الرأي ، وجعلت الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات ، جائزاً بدلاً من جواز الإعذار بطريق الكتاب العادي ، وعدل النص على الوجه الذي استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢١٩ ، ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٦ — ص ٥٥٨) .

م ٢٢٠ : ورد هذا النص في المادة ٢٩٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «لا ضرورة ، في إعذار المدين ، لأى إجراء في الحالات الآتية : (أ) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن بفعل المدين ، وعلى الأخص إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني أو القيسام بعمل وكان لابد أن يتم التنفيذ في وقت معين وانقضى هذا الوقت دون أن يتم ، أو كان الالتزام امتناعاً عن عمل وأخل به المدين . (ب) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع . (ج) إذا كان محل =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٧٨/١٢٠ (١) . ولا فرق ما بين التقنينين الجديد والقديم في الإعذار وأحكامه ، وإن كانت نصوص التقنين الجديد أكثر تفصيلاً ، على أنها ليست إلا تقنياً لأحكام القضاء في عهد التقنين السابق (٢) .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٢١٩ - ٢٢١ ، وفي التقنين المدني العراقي المواد ٢٥٦ - ٢٥٨ ، وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢٢١ - ٢٢٣ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٢٥٣ و ٢٥٧ و ٢٥٨ (٣) .

= الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك . (د) إذا أعلن المدين كتابة أنه لا يريد القيسام بالتزامه » . وفي لجنة المراجعة وضعت كلمة « صرح » بدلا من كلمة « أعلن » في البند (د) ، وأصبح رقم المادة ٢٢٧ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى فأصبحت تجري على الوجه الآتي : « لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية » ، وحذفت من البند (ا) عبارة « وعلى الأخص إذا كان محل الالتزام . . . الخ » لأنها تورد تطبيقات يحزى عن إيرادها عموم العبارة ، وأضافت بعد عبارة « غير ممكن » في البند (ا) عبارة « غير مجد » حتى يكون النص شاملا لجميع الصور . وأصبح رقم المادة ٢٢٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٩ — ص ٥٦٢) .

(١) وقد كانت المادة ١٧٨/١٢٠ من التقنين المدني السابق تجري على الوجه الآتي : « لا تستحق التضمنات المذكورة إلا بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفاً رسمياً » .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « اقتصر المشروع في شأن الإعذار بوجه عام على ضبط حدود بعض الأحكام ضبطاً قصد به إلى علاج ما يعتور من نصوص التقنين الحال (السابق) من اقتضاب محل . ويراعى بادية ذي بدء أنه لم يأت على وجه الإطلاق بجديد فيما يتعلق بقاعدة وجوب الأعذار وما يرد عليها من استثناءات . على أن ذلك لم يصرفه عن استحداث أحكام أخرى ، قد يكون أهمها ما يتصل بإصلاح الإجراءات المتبعة في إعذار المدين ، فقد قضى المشروع بجواز الاكتفاء بمجرد طلب كتابي في المواد المدنية . وهو بهذا يخالف ما جرى عليه القضاء المصري دفعاً لخرج القلو في التثبت بشكليات الإجراءات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٤) . وقد رأينا أن هذا التجديد الذي كان يقضى بالاكْتفاء في الإعذار بطلب كتابي قد حذفته لجنة مجلس الشيوخ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢١٩ - ٢٢١ (مطابقة

للمواد ٢١٨ - ٢٢٠ من التقنين المدني المصري ، مع ملاحظة أن الإنذار في التقنين السوري يكون بواسطة الكاتب العدل وأنه يجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في القوانين الخاصة : م ٢٢٠ سوري) .

ويتبين مما قدمناه من نصوص التقنين المدني المصري أن التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين ، وأن الإعذار يتم بإجراءات معينة ، وأن هناك حالات

= التقنين المدني العراقي م ٢٥٦ (مطابقة للمادة ٢١٨ من التقنين المدني المصري) .
 م ٢٥٧ : يكون إعذار المدين بإذاره . ويجوز أن يتم الإعذار بأى طلب كتابي آخر ، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إنذار . (وهذا النص — كالمشروع التمهيدى للتقنين المصري — يجيز الإعذار بطلب كتابي غير رسمي) .
 م ٢٥٨ (مطابقة للمشروع التمهيدى لنص المادة ٢٢٠ من التقنين المصري ، ولا تختلف في الحكم عن التقنين المصري) .
التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٢١—٢٢٣ (مطابقة للمواد ٢١٨ — ٢٢٠ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٣ — يجب لاستحقاق بدل العطل والضرر :
 أولاً — أن يكون قد وقع ضرر . ثانياً — أن يكون الضرر معزواً إلى المديون . ثالثاً — أن يكون قد أئذر المديون لتأخره فيما خلا الأحوال الاستثنائية . (وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصري) .

م ٢٥٧ — إن تأخر المديون الذى بدونه لا يستهدف لأداء بدل العطل والضرر ينتج في الأساس عن إنذار يرسله إليه الدائن بطريقة ما . وإنما يجب أن يكون خطياً (ككتاب مضمون أو برقية أو إخطار أو إقامة الدعوى عليه أمام المحكمة وإن لم تكن ذات صلاحية) . وإن هذا الإنذار لو اجب مع قطع النظر عن ماهية الموجب وعن أصله أو أصل بدل الضرر . (وهذا النص يجيز الإعذار بكتاب مسجل أو برقية أو إخطار مكتوب ، فهو كالمشروع التمهيدى للتقنين المصري وكالتقنين العراقي : انظر الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ١٦) .

م ٢٥٨ — لا يبقى الإنذار واجباً : ١ — عندما يصبح التنفيذ مستحيلاً . ٢ — عندما يكون الموجب ذا أجل حال موضوع لمصلحة المديون ولو بوجه جزئى على الأقل . ٣ — عندما يكون موضوع الموجب المطلوب أداؤه رد شيء يعلم المديون أنه مسروق أو كان المديون قد أحرزه عن علم بوجه غير مشروع . في الحالات الثلاث المتقدم بيانها يكون المديون حتماً في حالة التأخر بدون أى تدخل من قبل الدائن . (وهذا النص يختلف عن التقنين المصري في أمرين : (١) يجعل حلول الأجل في دين مؤجل لمصلحة المدين ولو جزئياً كافياً ولا حاجة لإعذار المدين في هذه الحالة ، وهذا الحكم أقرب إلى التقنينات الجرمانية وبعض التقنينات اللاتينية كما سنرى . (٢) لا يجعل من حالات عدم ضرورة الإعذار حالة ما إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالالتزام . ويذهب الدكتور صبحي المحمصاني — في كتابه آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ١٧ — إلى أن عدم ضرورة الإعذار في حالة تصريح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالالتزام ، بالرغم من إغفال النص عليه ، مقبول في لبنان « وفقاً للقياس والمبادئ العامة ، فالإنذار لا يلزم لعدم الفائدة منه ولثبوت خطأ المدين بإقراره ») .

لا ضرورة فيها للإعذار . وإذا تم الإعذار ترتبت عليه نتائج قانونية معينة .
فتتكم إذن فيما يأتي : (١) معنى الإعذار (٢) كيف يتم الإعذار (٣) الحالات
التي لا ضرورة فيها للإعذار (٤) النتائج القانونية التي تترتب على الإعذار .

٤٦٤ — معنى الإعذار : إعذار المدين هو وضعه قانوناً في حالة المتأخر
في تنفيذ التزامه (mise en demeure, mora, retard) . ذلك أن مجرد حلول
أجل الالتزام لا يكفي في جعل المدين في هذا الوضع القانوني (dies non
interpellat pro homine) ، بل لابد من إعداره^(١) . فقد يحل أجل الالتزام ،
ومع ذلك يسكت الدائن عن أن يتقاضى التنفيذ من المدين ، فيحمل ذلك منه
محمل التسامح وأنه لم يصبه ضرر من تأخر المدين في تنفيذ التزامه ، وقد رضى
ضمناً بمد الأجل ما دام يستطيع الانتظار دون ضرر يصيبه من ذلك . أما إذا
كان الدائن يريد من المدين أن ينفذ التزامه الذي حل أجله ، فعليه أن يشعره
بذلك عن طريق إعداره بالطرق التي رسمها القانون^(٢) . وعند ذلك يصبح المدين
ملزماً بتنفيذ التزامه فوراً ، وكل تأخر في التنفيذ يستوجب التعويض^(٣) .

-
- (١) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٣٧ وهامش رقم ٤ .
(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الالتزام واجب التنفيذ في محل
إقامة الدائن ، ولم يحضر المدين للتنفيذ يوم حلول الأجل ، اعتبر معذراً دون حاجة إلى أى
إجراء (٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٣) ، وإذا كان الدين يدفع على أقساط في مدد
قصيرة ، وأعذر المدين لأحد هذه الأقساط ، فلا يمكن أن يعتبر في حاجة إلى الإعذار في كل
قسط لاحق يحل بعد مدة قصيرة (١٤ يونيو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٣ — انظر أيضاً
ديموج ٦ فقرة ٢٣٨) .
(٣) استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٨٩٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢٣ ص ٢٢٣ —
ويكون الإعذار عند حلول أجل الدين أو بعده ، ولكن لا يكون قبله (استئناف مختلط ٧ يناير
سنة ١٨٨٦ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١١ ص ٢٨) . ويصح أن يمنح الدائن للمدين في
الأعذار أجلاً لتنفيذ الالتزام دون أن يؤثر الأجل في قوة الإعذار ، فتي حل الأجل الممنوح
أصبح المدين معذراً (استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٨) . وإذا شطب
الدائن دعواه بعد أن استوفى جزءاً من دينه ، حمل هذا على تنازل الدائن عن أثر الدعوى في إعذار
المدين (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٣) .
ويقابل اعذار المدين إعذار الدائن ، فقد يعذر المدين الدائن إذا رفض هذا قبول الوفاء دون
مبرر ، بأن يعرض عليه الدين عرضاً حقيقياً وفقاً للإجراءات التي نص عليها القانون (م ٣٣٤ —
٣٤٠ مدني — انظر دي باج ٣ فقرة ٨٦ — فقرة ٨٧) .

وفكرة الإعذار هذه من تقاليد القانون الفرنسي^(١) ، نقلها عنه التقنين المدني المصري السابق ، واستبقاها التقنين المدني المصري الجديد . وقد عدلت عنها القوانين الجرمانية وبعض القوانين اللاتينية ، واعتبرت أن مجرد حلول أجل الالتزام كاف لإشعار المدين بوجوب التنفيذ دون حاجة لإعذار ، وأن تأخر المدين عن تنفيذ التزامه بعد حلول الأجل يجعله مسئولاً عن التعويض^(٢) .

٤٦٥ — كيف يتم الإعذار : الأصل في إعذار المدين أن يكون بإنذاره ، والإنذار (sommation) ورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين فيها الدائن في وضوح أنه يطلب من المدين تنفيذ التزامه . وهذا هو الطريق المعتاد لإعذار المدين ، حتى صح أن يقال : « قد أعذر من أنذر^(٣) » .

وقد بين تقنين المرافعات (م ٧-١٤) كيف يعان المحضر الإنذار : يسلم صورة الإنذار إلى المدين نفسه في موطنه ، فإن لم يجده سلمها إلى وكيله أو خادمه أو من يكون ساكناً معه ، وإلا سلمها إلى جهة الإدارة على الوجه الذي بينه تقنين المرافعات في النصوص المشار إليها . ولما كانت المادة ٢١٩ مدني تقضي بأنه يجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في تقنين المرافعات ، وجب الرجوع إلى هذا التقنين أيضاً في ذلك . وقد قضت المادة ١٥ من التقنين

(١) وكان القانون الروماني يستوجب الإعذار ، أما القانون الفرنسي القديم فكان لا يستوجب في القرنين السادس عشر والسابع عشر ، وفي القرن الثامن عشر عاد يوتييه إلى تقاليد القانون الروماني فاستوجب الإعذار (كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٥١) .

(٢) انظر التقنين المدني الألماني (م ٢٨٤) ، وتقنين الالتزامات السويسري (م ١٠٢) ، والتقنين المدني النمساوي (م ١٣٣٤) ، وتقنين الالتزامات البولوني (م ٢٤٣) ، والتقنين المدني البرازيلي (م ٩٦٠) ، والتقنين المدني البرتغالي (م ٧١١) ، والتقنين المدني الصيني (م ٢٢٩) ، والتقنين المدني الياباني (م ٤١٢) ، وتقنين الالتزامات التونسي والمراكشي (م ٢٥٥/٢٦٩) . أما المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٩٥) والتقنين المدني الإيطالي الجديد (م ١٢١٩) فيستوجبان الإعذار ، ولكن يكفي فيه كتاب غير رسمي . انظر في هذه المسألة والتون ٢ ص ٢٢٤ — ص ٢٢٥ .

(٣) فالإعذار هو إذن إرادة منفردة تصدر من الدائن ، ويعلن بها المدين (déclaration réceptive) ، وتفرغ في شكل خاص (ديموج ٦ فقرة ٢٣٣ ص ٢٥٤) . ومن ثم يجوز صدور الإعذار من الدائن أو نائبه أو من فصولي (وتكون مطالبة الدائن بالتعويض إجازة منه) ، ويشترط فيمن يصدر عنه الإعذار أهلية الإدارة دون أهلية التصرف (ديموج ٦ فقرة ٢٣٧) .

المشار إليه بأن « الإعلان على يد المحضر يكون بطريق البريد في الأحوال التي بينها القانون ، وكذلك يجوز الإعلان بهذا الطريق إذا اختاره الطالب كتابة على أصل الورقة في الأحوال التي يكون فيها الإعلان في قلم الكتاب أو في الموطن المختار بشرط أن يكون هذا الموطن مكتب أحد المحامين » . ويفهم من هذا النص أن القانون بين أحوال يجوز فيها الإعلان بطريق البريد ، وإعذار المدين حالة من هذه الحالات نصت عليها المادة ٢١٩ من التقنين المدني كما رأينا . فيصح إذن أن يكون الإعذار عن طريق البريد متى طلب الدائن ذلك ، سواء أُنذر المدين في موطنه المختار أو في موطنه الأصلي . وفي هذه الحالة يقدم المحضر صورة الإنذار لمكتب البريد في غلاف مختوم ومبين فيه اسم المدين ولقبه وموطنه وعنوانه وتوقيع المحضر وبصمة خاتم قلم المحضرين ، ويؤشر المحضر في ذيل أصل الإنذار بأنه سلم صورته لمكتب البريد على الوجه المتقدم (م ١٦ مرافعات) . ويسلم عامل البريد صورة الإنذار للمدين على الوجه المبين في المادة ١٧ من تقنين المرافعات ، ثم يعيد لقلم المحضرين علم الوصول مؤشراً عليه بما حصل ، وعلى المحضر التأشير بما يتم من ذلك على أصل الإنذار ، ثم يسلمه للطالب مع علم الوصول (م ١٨ مرافعات) . وبذلك يتم إنذار المدين عن طريق البريد ، فيصبح معذراً .

وليس الإنذار هو الطريق الوحيد لإنذار المدين . فهناك ما يقوم مقام الإنذار^(١) . وأية ورقة رسمية تظهر منها بجلاء رغبة الدائن في أن ينفذ المدين التزامه تقوم مقام الإنذار . من ذلك التنبيه الرسمي (commandement) الذي يسبق التنفيذ . ومن ذلك أيضاً صحيفة الدعوى (citation en justice) : ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة . ومن ذلك محضر الحجز ، وهو من أعمال

(١) ولا يقوم مقام الإنذار إقرار المدين في دعوى أخرى أن الدائن قد أُنذره ، بل يجب على الدائن تقديم أصل الإنذار حتى تثبت المحكمة استيفاءه للشروط الواجبة . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يكفي لترتيب الأثر القانوني للإنذار أن يكون المشتري قد قال في دعوى أخرى أن البائع أُنذره ، ما دام ذلك القول قد صدر في وقت لم يكن النزاع على العقد المتنازع فيه مطروحاً ، بل يجب تقديم الإنذار حتى يمكن للمحكمة أن تثبت إن كان يترتب عليه الفسخ أم لا ، وذلك بالرجوع إلى تاريخه وما تضمنه ، لأنه قد يكون حاصل قبل الميعاد المعين للوفاء أو قبل قيام البائع بتعهداته التي توقفت عليها تعهدات المشتري (نقض مدني ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٢ ص ٢٩٣) .

التنفيذ^(١) . وكثيراً ما يقع أن ينذر الدائن المدين في نفس صحيفة الدعوى ، فتكون هذه الصحيفة إنذاراً ومطالبة قضائية في وقت واحد ، ولكن إذا بادر المدين في هذه الحالة إلى التنفيذ بمجرد أن تعلن إليه صحيفة الدعوى كانت مصروفات الدعوى على الدائن . لأن المدين يكون قد نفذ التزامه بمجرد إعداره^(٢) .

أما إذا كانت الورقة غير رسمية ، ككتاب ولو كان مسجلاً أو برقية ، فلا تكفى للإعذار في المسائل المدنية^(٣) ، إلا إذا كان هناك اتفاق بين الدائن والمدين على أنها تكفى . ذلك أنه يجوز الاتفاق على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى إجراء ، فمن باب أولى يجوز الاتفاق على أن الإعذار تكفى فيه ورقة غير رسمية أو إخطار شفوي^(٤) .

(١) استئناف مخطوط ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤ — ٢٧ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٩ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٣ .

(٢) ولا يكفى في الإعذار الطلب الذى يقدم للجنة المعافاة القضائية (ديموج ٦ فقرة ٢٢٣ ص ٢٥٤) .

(٣) استئناف مخطوط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٩ (إخطار شفوي لا يكفى) — ١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٣٣ — ومع ذلك انظر : استئناف مخطوط ٢٥ مايو سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للقضاء المخطوط ٦ ص ١٧٤ — ٣١ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢١٨ — استئناف مصر ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١١٩ ص ٣٧٩ . وقارن ديموج ٦ فقرة ٢٣٥ .

(٤) ويجب على الدائن إثبات حصول الإخطار الشفوي وفقاً للقواعد العامة في الإثبات . هذا وقد كان المشروع التمهيدى ينص على جواز أن يتم الإعذار بطلب كتابي ولو غير رسمى ، ولكن حذف هذا النص في لجنة مجلس الشيوخ (انظر آنفاً تاريخ نص المادة ٢١٩ : فقرة ٤٦٣ في الهامش) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه « يجوز الإعذار بالكتابة أياً كانت صورتها ، ولو كانت من قبيل الخطابات أو البرقيات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦١) ، وذلك قبل التعديل الذى أدخلته لجنة مجلس الشيوخ .

ويميل القضاء في فرنسا إلى عدم التشبث بشكلية الإعذار ، ويجعل لقاضى الموضوع سلطاناً لا يخضع لرقابة محكمة النقض في تقدير ما إذا كانت الورقة المرسلة إلى المدين تقطع فيما اشتملت عليه من العبارات برغبة الدائن في أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه ، فتعبر مضمون الورقة أهمية أكبر مما تعبر الشكل (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٧٢ ص ٨٤ — ديموج ٦ فقرة ٢٣٤) . وفي بلجيكا يكتفى في الإعذار بكتاب غير رسمى أو برقية ما دام إثبات ذلك ممكناً ، وإذا أقر المدين بورود الكتاب أو البرقية كان في هذا الإقرار إثبات كامل ، ويعتبر المدين في هذه الحالة = (٥٣ الوسيط — ج ٢)

وأما في المسائل التجارية فيكفي في الإعذار أن يكون بورقة غير رسمية وفقاً للعرف التجاري، بل إن مجرد الإخطار الشفوي يكفي إذا كان العرف التجاري يقضي بذلك. والمهم أن يثبت الدائن ما يثبت أن الإعذار قد تم على هذا الوجه^(١).

٤٦٦ — الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار : هناك حالات لا ضرورة فيها للإعذار، ويعتبر مجرد حلول الدين إشعاراً كافياً للمدين بوجوب تنفيذ التزامه وإلا كان مسئولاً عن التعويض. وهذه الحالات ترجع إما إلى الاتفاق، وإما إلى حكم القانون، وإما إلى طبيعة الأشياء، وقد نص عليها جميعاً في المادتين ٢١٩ و ٢٢٠ من التقنين المدني.

فقد يتفق الطرفان مقدماً على أن المدين يكون معذراً بمجرد حلول أجل الالتزام دون حاجة إلى أي إجراء^(٢). ويكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً. ومثل الاتفاق الضمني أن يوجب رب العمل على المفاوض إتمام البناء في تاريخ معين، وأن يشترط الدائن في عقد التوريد وجوب التسليم فوراً (librable de sirite)^(٣).

= معذراً (دى پاچ ٣ فقرة ٨٠) ويعتبر حصول إعذار المدين مسألة واقع لا مسألة قانون، فلا يخضع لرقابة محكمة النقض (دى پاچ ٣ فقرة ٨١).

وقد رأينا أن كلا من التقنين المدني العراقي (م ٢٥٧) وتقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٢٥٧ كذلك) يكتفي في الإعذار بكتاب غير رسمي (انظر آنفاً فقرة ٤٦٣ في الهامش).

(١) استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٤٠ — ١٣ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١١٤ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٩ — ١٢ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٠ — ٢١ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ — ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٢٨ رقم ٧٤ ص ٨٤ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٧٣ — انظر أيضاً في فرنسا بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٧٢ ص ٨٣.

(٢) وقد ورد في تاريخ نص المادة ٢١٩ (انظر آنفاً فقرة ٤٦٣ في الهامش) أن لجنة المراجعة ذهبت إلى أن الإعذار بالاتفاق عليه مقدماً يعتبر إعذاراً تم بإجراء معين هو هذا الاتفاق، فلا يدخل في الحالات التي لا ضرورة للإعذار فيها. ولم نبحار اللجنة في هذا الرأي، بل أدبنا حالة الاتفاق مقدماً ضمن الحالات الأخرى التي لا ضرورة فيها للإعذار، ففي هذه الحالات جميعاً يعتبر المدين معذراً بمجرد حلول الدين دون حاجة إلى أي إجراء. ولا يمكن اعتبار الاتفاق مقدماً إجراء لإعذار المدين، بل هو اتفاق على ألا يكون هناك إجراء لهذا الإعذار.

(٣) پرو : أنسيكلويدي دالوز ٣ (Mise en demeure) فقرة ٧.

ويجب أن يكون الاتفاق الضمني غير محل للشك ، فوضع شرط جزائي في العقد لا يفهم منه الإعفاء من الإعذار^(١) ، واشتراط حلول جميع الأقساط عند تأخر المدين في دفع قسط منها لا يمنع من وجوب الإعذار إلا إذا كان هناك اتفاق واضح على العكس^(٢) . وقد يوجد اتفاق على عدم الحاجة إلى الإعذار ، ولكن الدائن ينسخ هذا الاتفاق بتصرفه ، كما إذا اشترطت شركة التأمين على المؤمن عليه عدم الحاجة إلى الإعذار في اقتضاء أقساط التأمين ثم تتعود بعد ذلك أن تعذره كلما تأخر أو أن ترسل إليه عامل التحصيل ليتسلم الأقساط المستحقة^(٣) .

وقد يقضى القانون بعدم الحاجة إلى الإعذار . وقد نص فعلا في المادة ٢٢٠ على ألا ضرورة للإعذار في حالات معينة ، بعضها كان في حاجة إلى هذا النص ، وبعضها يرجع إلى طبيعة الأشياء .

فأما ما كان في حاجة إلى النص فالحالة التي يكون فيها محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق ، أو رد شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك . ففي هذه الحالة يكون المدين سيء النية ، ويكون واجبا عليه أن يرد الشيء إلى الدائن ، وليس الدائن — بمقتضى النص — في حاجة إلى إعذاره . ومن ثم يجب على المدين أن يبادر فوراً إلى رد الشيء للدائن ، دون إعذار ، وإلا كان مستثلاً عن التأخر في الرد^(٤) . وهناك حالات أخرى متفرقة في نواحي القانون ، نص فيها

(١) دافيد : مقال في الإعذار منشور في المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٩ ص ١٠٩ .
(٢) كفر الشيخ ٢٨ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١٠ - والتون ٢ ص ١٢٢ -
قارن مع ذلك استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٥ . ومجرد أن يشترط في عقد البيع أن يكون مفسوخاً من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن لا يعنى من الإعذار ، وإذن فباطل زعم المشرى أن الإنذار الموجه إليه من البائع بوفاء التزاماته في مدى أسبوع وإلا عد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلاً من البائع عن خيار الفسخ ، فإن ذلك الإنذار واجب قانوناً لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح (نقض مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨) .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٦ ص ٤٢١ هامش رقم ٢ .
(٤) وقد كان هذا هو أيضاً الحكم في عهد التقنين المدني السابق ، دون أن يكون هناك نص صريح يقضي بذلك (الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٦ ص ٤٢١ - ص ٤٢٢ - استئناف مختلط =

على وجوب تنفيذ المدين لا لزامه دون حاجة إلى إعدار. منها ما قضت به الفقرة الثانية من المادة ٧٠٦ مدني من أن الوكيل ملزم بفوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وكانت القاعدة العامة تقضي بأن الفوائد تستحق ، لا من يوم الإعدار فحسب ، بل من يوم المطالبة القضائية كما سنرى ، وهنا استحققت الفوائد دون مطالبة قضائية بل ودون إعدار من يوم استخدام الوكيل المبالغ لصالحه . ومنها ما قضت به المادة ٧١٠ مدني من أن الموكل يلتزم بأن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الاتفاق ، وهنا أيضاً تستحق الفوائد لا من وقت المطالبة القضائية ولا من وقت الإعدار بل من وقت الإنفاق (١) .

وأما ما يرجع إلى طبيعة الأشياء وورد مع ذلك فيه النص فثلاث حالات :
(أولاً) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين (٢) .

= ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٨ — اسكندرية الكلية المختلطة ١٥ مايو سنة ١٩١٥
جازيت ٥ رقم ١٣٩ ص ٣٤٥ — انظر مع ذلك استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩
٣١٢ ص ١٦٥) .

(١) انظر أيضاً المادة ١٩٥ مدني وتنص على أن «يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه ، وأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ...» .
والمادة ٥٨٨ فقرة أولى مدني وتنص على أنه «لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره» . والمادة ٥١٠ مدني وتنص على أنه «إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبلغاً من النقود ، ولم يقدم هذا المبلغ ، لزمته فوائده من يوم استحقاقه من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعدار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلي عند الاقتضاء» . والمادة ٥٢٢ مدني وتنص على أنه «١ — إذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغاً من مال الشركة ، لزمته فوائده هذا المبلغ من يوم أخذه أو احتجازه ، بغير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعدار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق للشركة من تعويض تكميلي عند الاقتضاء . ٢ — وإذا أمد الشريك الشركة من ماله ، أو أنفق في مصلحتها شيئاً من المصروفات النافعة عن حسن نية وتبصر ، وجبت له على الشركة فوائده هذه المبالغ من يوم دفعها» . والمادة ٨٠٠ فقرة ٣ مدني وتنص على أن «يكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع» .

(٢) قارن استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ .

فلا معنى إذن لإعذار المدين، وهذا ما تقضى به طبائع الأشياء، لأن الإعذار هو دعوة المدين إلى تنفيذ التزامه وقد أصبح هذا التنفيذ غير ممكن أو غير مجد بفعله، فاستحق عليه التعويض دون حاجة إلى إعذار. ولو كانت استحالة التنفيذ نشأت بغير فعل المدين لانقضى الالتزام، ولما كان المدين مسئولاً حتى عن التعويض. وتتحقق الحالة التي نحن في صدددها في فروض مختلفة. منها أن يكون تنفيذ الالتزام غير مجد إلا في وقت معين فيفوت هذا الوقت دون أن ينفذ المدين التزامه، كأن يلتزم مقاول ببناء مكان في معرض لأحد العارضين وينتهي المعرض قبل أن ينفذ المقاول التزامه، وكأن يلتزم محام برفع استئناف عن حكم وينتهي ميعاد الاستئناف قبل أن يرفعه^(١). ومنها أن يكون الالتزام بالامتناع عن عمل ثم يخل المدين بالتزامه ويأتى العمل الممنوع، فلا فائدة من الإعذار في هذا الفرض إذ أصبح التنفيذ العيني غير ممكن^(٢). ومنها أن يبيع شخص من آخر عقاراً، ثم يبيعه من ثان ويسجل هذا عقده قبل أن يسجل الأول، فيصبح تنفيذ التزام البائع نحو المشتري الأول غير ممكن، ومن ثم لا ضرورة للإعذار. ومنها التزام المؤجر بأجراء إصلاحات في العين المؤجرة، فما فات من الوقت دون إجراء هذه الإصلاحات مع حاجة العين إليها لا يلزم فيه إعذار، على أن يخطر المستأجر المؤجر بحاجة العين إلى الإصلاحات مجرد إخطار ليس من الضروري أن يكون في شكل الإعذار، بل لو أخطره شفويّاً — وله أن يثبت الإخطار بجميع الطرق لأنه يعتبر هنا واقعة مادية — فإن هذا يكفي^(٣). وفي العقود الزمنية أو المستمرة (successifs) لا ضرورة للإعذار إذا تأخر المدين عن تنفيذ التزامه الزمني، لأن ما تأخر فيه لا يمكن تداركه لفوات الزمن، فالتزام شركات المياه والنور والغاز بتوريد ما تقوم عليه من مرافق للمستهلكين، والتزام المتعهد بتوريد الغذاء لمستشفى أو لمدرسة، والتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، كل هذه التزامات زمنية إذا أخل بها المدين استحق عليه

(١) استئناف مصر ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ ص ٣٧٩.

(٢) استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ٢٣٥ — استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١١ جازيت ٢ رقم ١٥٩ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢.

(٣) كولان وكايتان ومورانديير ٢ فقرة ٨٥٣ ص ١١٤ — پرو : أنسيلكوبيدي

دالوز ٣ (Mise en demeure) فقرة ٢٥.

التعويض ولو قبل الاعذار (١) .

(ثانياً) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع . ذلك أن العمل غير المشروع إنما هو إخلال بالالتزام الشخص أن يتخذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، ومتى أخل الشخص بهذا الالتزام فأضر بالغير ، لم يعد التنفيذ العيني للالتزام ممكناً ، فلا جدوى إذن في الإعذار (٢) . ويمكن القول أن كل التزام ببذل عناية — ومن ذلك الالتزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير — يكون الإخلال به غير ممكن تداركه ، ومن ثم لا يلزم الإعذار لاستحقاق التعويض عن هذا الإخلال . ويرد ذلك إلى القاعدة التي بسطناها في الحالة الأولى ، إذ أنه متى أخل المدين بالالتزام في ذمته ببذل عناية فقد أصبح التنفيذ العيني لهذا الالتزام غير ممكن ، فلا ضرورة إذن للإعذار . ونرى من ذلك أن هذه الحالة الثانية ليست في الواقع إلا تطبيقاً من تطبيقات الحالة الأولى (٣) .

(ثالثاً) إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالالتزامه . فبعد هذا التصريح الثابت بالكتابة لا جدوى في إعذاره ، فهو قد رد سلفاً أنه لا يريد القيام

(١) الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٦٠ — هذا وقد رأينا في تاريخ نص المادة ٢٢٠ (انظر آنفاً فقرة ٤٦٣ في الهامش) أن المشروع التمهيدى لهذه المادة كان يتضمن العبارة الآتية : « إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن بفعل المدين ، وعلى الأخص إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني أو القيام بعمل ، وكان لابد أن يتم التنفيذ في وقت معين وانقضى هذا الوقت دون أن يتم ، أو كان الالتزام امتناعاً عن عمل وأخل به المدين » . وقد حذفت لجنة مجلس الشيوخ هذه العبارة من أول كلمة « وعلى الأخص » ، لأنها تورد تطبيقات يجزىء عن إيرادها عموم العبارة ، ثم أضافت بعد عبارة « غير ممكن » عبارة « أو غير مجد » حتى يكون النص شاملاً لجميع الصور .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٩٦ — ٥ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٣ .

(٣) وقد قدمنا أن الصحيح أن يقال إن العمل غير المشروع هو إخلال بالالتزام اتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، فهو إخلال بالالتزام بعمل ، لا إخلال بالالتزام بالامتناع عن عمل هو عدم الإضرار بالغير . ويذهب الأستاذ إسماعيل غانم (أحكام الالتزام فقرة ١٤ ص ٢٦ و فقرة ٤٢ ص ٥٧) إلى أن الالتزام بعدم الإضرار بالغير — أو باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير على الوجه الذي ذهبنا إليه — ليس التزاماً بالمعنى الدقيق ، بل هو واجب قانوني عام « باحترام الحدود التي رسمها القانون لكي يستطيع كل عضو في المجتمع أن يزاوِل نشاطه =

بالتزامه^(١) . ولا يكفي التصريح أمام شهود ، فالقانون قد اشترط الكتابة .
على أن الظاهر أن الكتابة هنا للإثبات ، فلو أقر المدين أنه صرح بعدم إرادته
القيام بالتزامه ، أو نكل عن اليمين التي وجهت إليه في ذلك ، لكان ذلك كافياً
في إثبات التصريح المطلوب للإعذار^(٢) .

ولما كانت هذه الحالات الثلاث^(٣) إنما تقضى بها طبائع الأشياء كما قدمنا ،
فقد كان معمولاً بها في عهد التقنين المدني السابق ، دون أن يشتمل هذا التقنين
على نص يقابل نص التقنين المدني الجديد الذي سبق أن أوردناه^(٤) .

= دون جور على غيره = ، ولذلك لم يتحدد فيه شخص الدائن ، ولا يتضمن معنى العبء إذ يتساوى
فيه الجميع . وإنما الالتزام بالمعنى الفني الدقيق هو الالتزام بالتعويض عن الضرر الناتج عن الخطأ ،
وبالنسبة إلى هذا الالتزام من المتصور أن يدعو الدائن المدين إلى القيام به عن طريق الإعذار ،
ولكن لما كان المدين مقصراً من يوم نشوء التزامه ، فقد رأى القانون في ذلك سبباً كافياً لإعفاء
الدائن من الإعذار .

(١) استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٧ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٨
م ٣٠ ص ١٦٨ — أول يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥٥ — انظر أيضاً أوبري ورو ٤
فقرة ٣٠٨ ص ١٣٩ — ديموج ٦ فقرة ٢٣٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٧٣
ص ٨٥ — قارن دي پاچ ٣ فقرة ٧٦ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض ، في عهد التقنين المدني السابق ، بأن القانون لا يتطلب إعذار
الملتزم متى كان قد أعلن إصراره على عدم الوفاء ، واستخلاص هذا الإصرار من الدليل المقدم
لإثبات حصوله هو مسألة موضوعية لا سلطان فيها لمحكمة النقض على محكمة الموضوع (نقض مدني
١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٠ ص ٤٣٥) . فيكون التقنين الجديد قد
استحدث أن يكون الدليل بالكتابة — هذا وإذا أقر المدين بتقصيره في القيام بالتزامه ، قام
هذا الإقرار مقام الإعذار (اسكندرية الأهلية ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٨
ص ٢٢٣) .

(٣) انظر في هذه الحالات الثلاث المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال
التحضيرية ٢ ص ٥٦٠ — ص ٥٦١ — ويلاحظ أنه في الحالات التي لا تكون فيها حاجة للإعذار ،
ويكون المدين مطلوباً (quérable) لا محمولاً (Portable) ، لا يعنى عدم الحاجة إلى الإعذار
الدائن من أن يسعى لتقاضى الدين في موطن المدين (كولان وكانيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٥٣
ص ١١٤ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٤٠) .

(٤) الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٦ ص ٤٢٢ — ص ٤٢٣ — وأحكام القضاء في عهد
التقنين المدني السابق في هذا المعنى . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن الإعذار ليس لازماً
في جميع الأحوال ، فقد يتفق المتعاقدان على الإعفاء منه ، وقد لا يكون له محل بحكم طبيعة التعهد
ذاته (نقض مدني ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٧٢ ص ٧٤٦) . وقضت =

٤٦٧ - النتائج القانونية التي تترتب على الاعتذار : يترتب على

اعتذار المدين نتيجةتان رئيسيتان :

(النتيجة الأولى) يصبح المدين مسئولاً عن التعويض لتأخره في تنفيذ الالتزام ، وذلك من وقت الاعتذار . أما في الفترة التي سبقت الاعتذار ، فلا يعرض المدين الدائن عن التأخر في التنفيذ ، فالمفروض كما قدمنا أن الدائن قد رضى بهذا التأخر ولم يصبه منه ضرر مادام أنه لم يعذر المدين^(١) . والنص صريح في هذا المعنى ، فقد قضت المادة ٢١٨ مدني بأنه «لا يستحق التعويض إلا بعد اعتذار

= بأنه متى كان ثابتاً أن الوفاء أصبح متعذراً ، أو كان المتعهد قد أعلن إصراره على عدم الوفاء ، في هذه الأحوال وأمثالها لا يكون للتنبيه من مقتضى (نقض مدني ٢٢ مايو سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١١٩ ص ٣٧٣ - ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٠ ص ٤٣٥) . وقضت بعدم ضرورة الاعتذار في حالة المسؤولية التقصيرية وفي حالة المسؤولية العقدية عند الإخلال بالالتزام سلبى (أول يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥١ ص ٥١٣ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٩ ص ٩٨) انظر أيضاً : استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٥ - ١١ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٨ - ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٠ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ - ٥ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٣ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٨ جازيت ٩ رقم ٢٨ ص ٣٩ .

(١) نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٦ ص ٢٩٢ - استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ . ويعمل عدم الاعتذار الرجوع في الاعتذار ، فقد يعذر الدائن المدين مرة أولى ، ثم يرجع في إعذاره الأول بإعذار ثانٍ يمنح فيه المدين مهلة للوفاء ، فالعبرة بالإعذار الثاني لا بالإعذار الأول . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد اعتد في تعيين تاريخ التقصير بإعذار صادر في تاريخ معين دون الاعتذار الصادر بعده المشتمل على منح مهلة للوفاء ، وذلك من غير أن يوضح علة اطراحه الاعتذار الأخير ، فإنه يكون قاصراً (نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٩ ص ٦١٤) .

كذلك لا يستحق تعويض ، إذا قام المدين بوفاء جزئي ثم توقف بعد ذلك عن الوفاء ، إلا من وقت إعذار المدين بعد توقفه . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا سلم البائع جزءاً من المبيع متأخراً عن الميعاد المتفق عليه ، ثم توقف عن تسليم الباقي حتى أعذره المشتري ، ولم يثبت من وقائع الدعوى ما يدل على ظهور عجز البائع عن الوفاء من اليوم الذي حصل فيه تسليم ذلك الجزء ، بل كانت تلك الوقائع دالة على أن ميعاد التوريد المتفق عليه في العقد قد عدل عنه برضاء الطرفين ، فإن التضمينات لا تكون مستحقة إلا من الوقت الذي امتنع فيه البائع عن الوفاء بعد تكليفه به رسمياً . وإذا تمسك البائع بسبب ارتفاع الأسعار باستحقاق التضمينات من تاريخ التسليم الجزئي باعتبار أنه هو التاريخ الذي ظهر فيه عجزه عن الوفاء بالباقي ، وقضت المحكمة بذلك ، كان حكمها مخطئاً في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٨ ص ٥٥٢) .

المدين»^(١). ويلاحظ أنه إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ، فالتعويض عن التأخر — أى الفوائد — لا يكون مستحقاً بمجرد إعدار المدين ، بل لابد من رفع الدعوى ، ولا تسرى الفوائد إلا من وقت إعلان صحيفة الدعوى ، وسيأتى تفصيل ذلك .

(النتيجة الثانية) ينتقل تحمل التبعة (risque) من طرف إلى آخر . وقد قدمنا أن تبعة الهلاك فى الالتزام بالتسليم تكون على المدين بهذا الالتزام إذا كان التزاماً تبعياً ، وتكون على المالك إذا كان التزاماً مستقلاً . ورأينا أن الإعدار ينتقل تبعة الهلاك من طرف إلى آخر فى كلتا الحالتين على التفصيل الذى قدمناه . ورأينا أيضاً أن المدين المعذر إذا أثبت أن الشيء كان يهلك فى يد الدائن لو أنه سلم إليه ، اندفعت عنه تبعة الهلاك بالرغم من إعداره ، وانقضى التزامه . ورأينا أخيراً أنه يتحمل مع ذلك التبعة إذا كان الشيء مسروقاً متى كان هو السارق ، ولو أثبت أن المسروق كان يهلك عند المالك لو أنه رد إليه . ويلاحظ أن كل هذه الأحكام كان معمولاً بها فى عهد التقنين المدنى السابق^(٢).

(١) نقض مدنى ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ١٠٣ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٤ ص ٤٥ — استئناف أهلى ٧ مارس سنة ١٨٩٢ الحقوق ٨ ص ٥٨ — ٢ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٤٥ — ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢٠٧ — استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٩٦ — ٢ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٩٨ — ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٧ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٩ — ١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٣٣ — ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٠ — ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ — ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٣٠ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٣ .

والإعدار — وهو إرادة منفردة كما قدمنا — ضرورى ، لا فحسب للمطالبة بالتعويض عن التأخر فى التنفيذ ، بل أيضاً لاستحقاق الدائن لهذا التعويض (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٣٧ هامش رقم ٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٤٦٨ مكررة) . ومن ثم يستحق الدائن التعويض عن التأخر فى التنفيذ بسبب واقعة قانونية مركبة ، تتكون من عنصرين : عنصر التأخر فى التنفيذ وهذه واقعة مادية ، وعنصر الإهدار وهذا تصرف قانونى . وعنصر الواقعة المادية هو العنصر المتغلب .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٧ .

الفرع الثاني

تقدير القاضى للتعويض

٦٨ — نوعا التعويض : والتعويض الواجب على المدين ، إذا لم
يقم بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، نوعان : (١) تعويض عن عدم التنفيذ
(dommages-intérêts compensatoires) (٢) تعويض عن التأخر فى التنفيذ
(dommages-intérêts moratoires) (١).

والتعويض عن عدم التنفيذ يحل ، كما رأينا ، محل التنفيذ العينى ، ولا يجتمع
معه (٢) . أما التعويض عن التأخر فى التنفيذ فانه تارة يجتمع مع التنفيذ العينى
إذا نفذ المدين التزامه متأخراً فيجتمع عليه إلى جانب هذا التنفيذ العينى التعويض
عن التأخر فيه ، وطوراً يجتمع مع التعويض عن عدم التنفيذ إذا لم يقم المدين
 بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً فيجتمع عليه تعويضان : تعويض عن عدم التنفيذ
وتعويض عن التأخر فى التنفيذ (٣).

والإجماع منعقد على أن الإعذار واجب فى التعويض عن التأخر فى التنفيذ ،
وقد رأينا فيما قدمناه أن هذا التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين . أما
التعويض عن عدم التنفيذ فقد اختلف الرأى فيه . هناك رأى يذهب إلى وجوب
الإعذار أيضاً لإطلاق النص ، إذ «لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين» ، دون
تمييز بين تعويض عن التأخر فى التنفيذ وتعويض عن عدم التنفيذ (٤) . وهناك

(١) انظر المادة ٢٥٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني .

(٢) إلا إذا كان هناك تنفيذ جزئى ، فيجتمع التنفيذ العينى الجزئى مع تعويض عن عدم تنفيذ
بقية الالتزام (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٣ ص ٢٠٦) . وإذا سلم المدين العين ،
ولكن بعد أن أخل بالتزامه فى المحافظة عليها فأصابها تلف ، فانه يدفع تعويضاً عن التلف إلى
جانب تسليم العين . وليس فى هذا جمع بين التنفيذ العينى والتعويض عن عدم التنفيذ ، بل هو
تنفيذ عينى لالتزام (وهو التزام التسليم) وتعويض عن عدم تنفيذ الالتزام الآخر (وهو الالتزام
بالمحافظة) (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٣ ص ٢٠٧) .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٤ — دى باج ٣ فقرة ١٢٨ — فقرة ١٣٤ .

(٤) كوليه دى سانتير ٥ فقرة ٦٢ مكررة — ديموج ٦ فقرة ٢٤٢ — جوسران ٢

فقرة ٦٢١ — دى باج ٣ فقرة ٧٣ — فقرة ٧٤ .

رأى آخر يذهب إلى عدم وجوب الإعذار ، لأن التعويض عن عدم التنفيذ مستحق عن واقعة لا شأن للإعذار بها ، فلا جدوى في الإعذار^(١) . ونحن نميل إلى التمييز ما بين فرضين في حالة ما إذا طالب الدائن المدين بالتعويض عن عدم التنفيذ : فاما أن يكون التنفيذ العيني لا يزال ممكناً ، وإما أن يكون هذا التنفيذ قد أصبح غير ممكن . ففي الفرض الأول يجب الإعذار لاستحقاق التعويض ، لأن التنفيذ العيني لا يزال ممكناً ، والإعذار دعوة للمدين أن يقوم بهذا التنفيذ وإلا دفع تعويضاً ، فيكون للإعذار معنى إذ يحتمل أن يقوم المدين بالتنفيذ العيني عقب إعذاره . وفي الفرض الثاني ، إذا أصبح التنفيذ العيني غير ممكن ، لم تعد هناك جدوى في الإعذار ، إذ نكون في إحدى الحالات الاستثنائية التي لا حاجة للإعذار فيها^(٢) . وهذا الرأي الذي نقول به يؤدي إلى أن الإعذار واجب لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ وجوبه لاستحقاق التعويض عن التأخر في التنفيذ ، وذلك فيما خلا الحالات الاستثنائية التي يصبح فيها الإعذار غير ضروري ، سواء للتعويض عن عدم التنفيذ أو للتعويض عن التأخر في التنفيذ .

وسواء كان التعويض عن عدم التنفيذ أو عن التأخر في التنفيذ ، فإن القواعد التي تتبع في تقديره واحدة لا تختلف .

٤٦٩ - عناصر التعويض : والذي يقوم بتقدير التعويض عادة هو القاضي كما قدمنا . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ من التقنين المدني على أنه « إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون ، فالقاضي هو الذي يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد

(١) بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٥٧٦ — كولان وكايتان وموراندير ٢ فقرة ١٥٤ - مازو ٣ فقرة ٢٢٧٦ - الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٧١ - انظر أيضاً الموجز للمؤلف ص ٤٣٩ هامش رقم ٢ .

(٢) انظر في هذا المعنى : بودري وبارد ١ فقرة ٤٧٢ ص ٥٠١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٢٨ ص ١٥٧ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٥١٨ .

معقول^(١) .

ونرى من هذا النص أن التعويض عنصرين : ما أصاب الدائن من الخسارة (damnum emergens) ، وما ضاع عليه من الكسب (lucrum cessans)^(٢) ، ومن هنا جاءت التسمية : (dommages - intérêts) . فالقاضي إذن في تقديره للتعويض - سواء التعويض عن عدم التنفيذ أو التعويض عن التأخر في التنفيذ - يدخل في حسابه هذين العنصرين . فيقدر أولاً ما أصاب الدائن من ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو بسبب تأخره في هذا التنفيذ . ثم يقدر بعد ذلك ما فات الدائن من كسب . ومجموع هذين هو التعويض^(٣) .

فالمدين الذي لا يقوم بتنفيذ التزامه عن تسليم بضاعة تعهد بتسليمها للدائن يدفع تعويضاً عما أصاب الدائن من خسارة بسبب اضطرابه لشراء هذه البضاعة بثمن أعلى ، وعما ضاع عليه من ربح بسبب فوات صفقة رابحة ثبت أنه كان يعقدها لو قام المدين بتنفيذ التزامه وسلمه البضاعة في الميعاد المتفق عليه . والممثل الذي لا يقوم بتنفيذ التزامه من إحياء ليلية تمثيلية يدفع تعويضاً للدائن عما أصابه من خسارة بسبب ما أنفقه في تنظيم هذه الليلة ، وعما ضاع عليه من ربح كان يجنيه لو أن الممثل قام بالتزامه . وهكذا^(٤) .

وغنى عن البيان أنه لا يكون هناك محل للتعويض إذا لم يصب الدائن ضرر ولم يفته كسب من جراء عدم قيام المدين بالتزامه أو من جراء تأخره في ذلك . وكثيراً ما يتحقق هذا الأمر في حالة مجرد تأخر المدين في تنفيذ التزامه . وقد يتحقق أيضاً في حالة عدم التنفيذ ، كما إذا لم يقم محام بالتزامه نحو موكله من التقدم باسمه في قائمة توزيع أو من قيد رهن لمصلحته ، ويتبين أن تخلف المحامي عن

(١) انظر تاريخ هذا النص في الوسيط جزء أول ص ٩١١ هامش رقم ١ .

(٢) وتنص المادة ٢٦٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه « يجب أن يكون بدل العطل والضرر معادلاً تماماً للضرر الواقع أو الربح الفائت » .

(٣) نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٨ ص ٧٤٤ - استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٧١ - ٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٣٨ - وقد لا يوجد إلا عنصر واحد فيقتصر التعويض عليه : استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٥٧ .

(٤) الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٥ ص ٤٤٠ - ص ٤٤١ .

القيام بالتزامه لم يلحق بالموكل ضرراً ولم يفوت عليه نفعاً ، إذ أنه لو كان تقدم باسمه في قائمة التوزيع لما أصاب الموكل شيء من المبلغ الموزع ، ولو أنه كان قيد الرهن لمصلحةه لما كان هذا القيد منتجاً لأن العقار مثقل برهون سابقة تستغرقه . والدائن هو الذى يقع عليه عبء الإثبات ، فيثبت مقدار ما أصابه من ضرر ومقدار مافاته من كسب^(١).

٤٧٠ — الضرر المباشر والضرر المتوقع الحصول : وقد سبق أن

بيننا^(٢) أن الضرر غير المباشر (indirect) لا يعوض عنه أصلاً ، لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية^(٣). فلا يعوض إذن في المسئوليتين إلا عن الضرر

(١) استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٣٨ — قارن استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣١ . وانظر في كل هذا الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٥ ص ٤٤١ .

وتقدير التعويض من سلطة قاضى الموضوع . وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير التعويض متى قامت أسبابه ولم يكن في القانون نص ملزم باتباع معايير معينة في خصوصه هو من سلطة قاضى الموضوع . فإذا كان الحكم ، في تقديره التعويض الذى قضى به لمؤجر على مستأجر استمر في وضع يده على الأرض المؤجرة دون رضا المؤجر ، قد استهدى بفئات الإيجار السنوية المقررة بمرسوم بقانون معلوم لكافة الناس لنشره في الجريدة الرسمية ، وبالعالم العام بارتفاع أجور الأطنان للحالة الاقتصادية السائدة في السنوات المعاصرة واللاحقة لعقد المستأجر ، وبقبول المستأجر لفئة الإيجار بواقع كذا جنهما للفدان إذا ما استمر وضع يده على العين برضاء المؤجر ، فلا يصح أن ينمى عليه أنه أدخل بحق المستأجر في الدفاع إذ اعتبر ضمن ما اعتبر به في تقدير التعويض بفئات الإيجار السنوى الواردة بذلك المرسوم بقانون الذى لم يكن بين أوراق الدعوى ولم يتمسك به أحد من الخصوم (نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٩ ص ٩٨) . ولكن يجب بيان عناصر الضرر في الحكم ، والحكم الذى يقضى بمبلغ معين على سبيل التعويض ، إذا لم يبين عناصر الضرر الذى قضى من أجله بهذا المبلغ ، فإنه يكون قاصراً قصوراً يستوجب نقضه (نقض مدنى ٢٧ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٩ ص ٦٩٣) .

وانظر في مقياس التعويض عن الضرر المباشر وفي الظروف الملازمة التى من شأنها أن تؤثر في تقدير التعويض عن المسؤولية التقصيرية والضرر المتغير والوقت الذى يقدر فيه : الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٤٧ — فقرة ٦٤٩ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٥١ .

(٣) قارن المادة ٢٦١ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، وتنص على « إن الأضرار غير المباشرة ينظر إليها بعين الاعتبار كالأضرار المباشرة ، ولكن بشرط أن تثبت كل الثبوت صلتها بعدم تنفيذ الموجب » .

المباشر (direct) . والضرر المباشر هو - كما تقول المادة ٢٢١ سالفه الذكر - ما يكون « نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول »^(١).

ولكن في المسؤولية التقصيرية يعوض عن كل ضرر مباشر ، متوقفاً (prévisible) كان أو غير متوقع (imprévisible) . أما في المسؤولية العقدية فلا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع في غير حالاتي الغش والخطأ الجسيم . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ من التقنين المدني صراحة على هذا الحكم إذ تقول : « ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد »^(٢). وقد سبق أن بينا تفصيلاً ما هو الضرر المباشر، وما هو الضرر المباشر المتوقع ، وما الذي يبرر قصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المباشر المتوقع ، وتحديد الضرر المتوقع من حيث توقع سبب الضرر ومقداره^(٣).

٤٧١ - تفسير التعويض بمبلغ من النقود : والقاضي يقدر التعويض
عادة بمبلغ من النقود ، سواء في ذلك المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية أو أى التزام منشؤه مصدر آخر . ومع ذلك قد يكون التعويض غير نقدي في بعض الحالات . ففي دعاوى السب والقذف يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضي بادانة المدعى عليه في الصحف ، وهذا النشر يعتبر تعويضاً غير نقدي عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعى عليه . بل قد يكون التعويض تعويضاً عينياً فيجوز للقاضي أن يحكم بهدم حائط أقامها المالك تعسفاً لحجب النور والهواء عن جاره ، ويجوز له أيضاً في حالة ما إذا هدم صاحب السفلى سفله دون حق وامتنع من أن يعيد بناءه أن يأمر ببيع السفلى لمن يتعهد

(١) وقد سبق أن بسطنا ذلك تفصيلاً في الوسيط جزء أول فقرة ٦١٠ .

(٢) انظر تاريخ هذا النص في الوسيط جزء أول ص ٦٨٤ هامش رقم ١ - وتنص المادة ٢٦٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على « أن التعويض ، في حالة التعاقد ، لا يشمل سوى الأضرار التي كان يمكن توقعها عند إنشاء العقد ، ما لم يكن المدين قد ارتكب خداعاً » .

(٣) انظر في كل ذلك الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٥١ - فقرة ٤٥٣ . وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٤ .

بينائه (م ٨٦٠ فقرة ١ مدني)^(١) .

٤٧٢ - شروط استحقاق التعويض - النصوص القانونية :

وقد نصت المادة ٢١٥ من التقنين المدني على أنه « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه . ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه^(٢) » .

(١) انظر في التعويض التقدي والتعويض غير التقدي في المسؤولية التقصيرية ديموج ٦ فقرة ٢٩٦ — فقرة ٣٠٠ مكررة — الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٤٤ — فقرة ٦٤٥ . وانظر في التعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ — إذا أتلّف عامل النقل البضاعة أو تأخر في تسليمها ، أو أساء الصانع صنع أثاث عهد إليه في صنعه ، ونحو ذلك — عن طريق ترك الشيء التالف للمدين المقصر (laissé pour compte) وتقاضي قيمة الصحيح كاملة منه : بودري وبارد ١ فقرة ٤٤٩ — ديموج ٦ فقرة ٢٩٢ — فقرة ٢٩٥ وفقرة ٢٩٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٢٢ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٧١ ص ٤١٢ — جوسران ٢ فقرة ٦٠٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٩٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٢٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢١٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٦ - ص ٥٤٨) . وانظر المذكرة الإيضاحية لهذا النص في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٧ . ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ١٧٧/١١٩ و ٢٤١/١٧٨ : م ١٧٧/١١٩ — التضمنات المترتبة على عدم الوفاء بكل المتعهد به أو بجزئه أو المترتبة على تأخير الوفاء لا تكون مستحقة زيادة على رد ما أخذه المتعهد إلا إذا كان عدم الوفاء أو التأخير منسوباً لتقصير المتعهد المذكور . م ٢٤١/١٧٨ : إذا صار الوفاء غير ممكن بتقصير المدين أو حدث عدم الإمكان بعد تكليفه بالوفاء تكليفاً رسمياً ألزم بالتضمنات . (ولا تختلف أحكام التقنين المدني الجديد عن هذه الأحكام) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢١٦ (مطابقة لنص المادة ٢١٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ١٦٨ (مطابقة لنص المادة ٢١٥ من التقنين المدني المصري ، غير أنها مقصورة على المسؤولية العقدية — وانظر الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٦ — فقرة ٣٨) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢١٨ (مطابقة لنص المادة ٢١٥ من التقنين

وقد بينا في الجزء الأول من الوسيط^(١) أن هذا نص جوهري في كل من المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية، وقد وضع من أجل ذلك في الباب المعقود لآثار الالتزام^(٢). ويتضح منه أن شروط التعويض هي نفس أركان المسئولية، عقدية كانت أو تقصيرية. وهذه الأركان هي: (١) الخطأ (٢) والضرر وعلاقة السببية ما بين الخطأ أو الضرر.

٤٧٣ — الخطأ (امالة) : والخطأ إما أن يكون عقدياً أو تقصيرياً.

وقد بينا في الجزء الأول من الوسيط^(٣) ماهو الخطأ العقدي في الالتزام بتحقيق غاية وفي الالتزام ببذل عناية، وتكلمنا في المسئولية العقدية عن الغير وعن الأشياء. وبيننا أيضاً^(٤) ماهو الخطأ التقصيري بركنيه المادي والمعنوي، وتكلمنا في المسئولية التقصيرية عن عمل الغير والمسئولية التقصيرية الناشئة عن الأشياء. فلا نعود هنا إلى ذلك، ونقتصر على هذه الإحالة^(٥).

٤٧٤ — الضرر (امالة) : كذلك بينا في الجزء الأول من الوسيط^(٦)

ماهو الضرر في المسئولية العقدية، وعلى من يقع عبء إثباته، وكيف يتحقق

= تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٤ : في حالة التعاقد يكون المديون مسئولاً عن عدم تنفيذ الموجب إلا إذا أثبت أن التنفيذ أصبح مستحيلاً في الأحوال الميئة في المادة ٣٤١ — م ٢٥٥ : في بعض العقود وعلى وجه الاستثناء لا يكون المديون مسئولاً بمجرد عدم تنفيذه العقد، بل يكون إلحاق التبعة به موقوفاً على ارتكابه خطأ يجب على الدائن إثباته، ويعين القانون درجة أهميته — م ٢٥٦ : أن شروط نسبة الضرر، في حالة عدم التعاقد، معينة في المادة ١٢٢ وما يليها. (وبجملته هذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدني المصري).

(١) فقرة ٤٢٤ ص ٦٥٤.

(٢) وقد عالجنا شروط استحقاق التعويض عند الكلام في المسئولية العقدية وفي المسئولية التقصيرية، فنكتفي بالإحالة إليها هنا حيث نقتصر على افتراض الالتزام بالتعويض قائماً بعد أن استوفى شروطه، دون نظر إلى مصدره هل هو عقد أو غير عقد (انظر في هذا المعنى دى باج ٣ فقرة ٩٨).

(٣) فقرة ٤٢٧ — فقرة ٤٣٥.

(٤) الوسيط جزء أول فقرة ٥٢٦ — فقرة ٥٤٣ وفقرة ٦٦٢ — فقرة ٧٣٦.

(٥) انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢

ص ٥٤٢ — ص ٥٤٤.

(٦) فقرة ٤٤٢ — ٤٤٩.

كل من الضرر المادى والضرر الأدبى فى هذه المسئولية ، وكيف يجب التعويض عن كل منهما . وبيننا الضرر فى المسئولية التقصيرية^(١) ، وكيف يتحقق بنوعيه من ضرر مادى وضرر أدبى ، وكيف تكفلت المادة ٢٢٢ من التقنين المدنى^(٢) بالنص على وجوب تعويض الضرر الأدبى سواء كان ذلك فى المسئولية التقصيرية أو فى المسئولية العقدية^(٣) .

٤٧٥ — **عمارة السببية (امالة) :** وكذلك فى علاقة السببية فى كل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية تكلمنا فى السبب الأجنبى وفى السبب المنتج وفى السبب المباشر ، فنكتفى هنا بالإحالة^(٤) . وعند الكلام فى السبب الأجنبى عرضنا للخطأ المشترك^(٥) ، وكيف يجوز فيه للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما^(٦) .

٤٧٦ — **التعريف الاتفاقى لقواعد المسئولية (امالة) :** وقد نصت

- (١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٥٦٨ — فقرة ٥٨٠ .
- (٢) انظر النص وتاريخه فى الوسيط الجزء الأول ص ٨٦٨ وهامش رقم ١ .
- (٣) انظر أيضاً الموجز للمؤلف ص ٤٤٢ هامش رقم ١ — وقد نصت المادة ٢٦٣ من تقنين الموجبات والعقود البنائى على أنه «يعتد بالأضرار الأدبية كما يعتد بالأضرار المادية بشرط أن يكون تقدير قيمتها بالنقود ممكناً على وجه معقول» . ونصت المادة ٢٦٤ من نفس التقنين على أنه «يمكن الاعتداد بالأضرار المستقبلية على الشروط وعلى القياس المنصوص عليها للتعويض المختص بالإجرام فى المادة ١٣٤ فقرتها السادسة» . وقضت المادة ٢٠٥ من التقنين المدنى العراقى بأن حق التعويض يتناول الضرر الأدبى . وهذا النص قد ورد بين النصوص المتعلقة بالمسئولية التقصيرية ، ولا نص على الضرر الأدبى فى المسئولية العقدية . ومن ثم ذهب الدكتور حسن الذنون (أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٥٤) إلى أن حق التعويض يتناول الضرر الأدبى فى المسئولية التقصيرية دون المسئولية العقدية ، ويلاحظ على هذا القول أن الفقه الحديث قد أصبح مجتماً على جواز التعويض عن الضرر الأدبى فى المسئولية التقصيرية والعقدية ، وأن نص المادة ٢٠٥ مدنى عراقى ، وإن كان قد ورد فى المسئولية التقصيرية إذ هى الميدان الأكثر اتساعاً للضرر الأدبى ، ليس إلا تطبيقاً لقاعدة عامة هى جواز التعويض عن الضرر الأدبى بوجه عام .

- (٤) الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٥٤ — فقرة ٤٥٥ وفقرة ٥٨١ فقرة ١٠ .
- (٥) انظر نص المادة ٢١٦ مدنى وتاريخ النص فى الجزء الأول ص ٨٨٩ وهامش رقم ٢ .
- (٦) الوسيط الجزء الأول فقرة ٥٩٦ .

المادة ٢١٧ من التقنين المدنى على مايباقى :

« ١ — يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجيء والقوة القاهرة » .

« ٢ — وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ماينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه » .

« ٣ — ويقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع ^(١) » .

وقد سبق أن بينا فى المسئولية العقدية كيف يجوز الاتفاق على تعديل قواعدها ، فيجوز التشديد فيها كما يجوز التخفيف ، بل ويجوز الإعفاء منها فى حدود بينها النص ^(٢) . وبيننا كذلك فى المسئولية التقصيرية كيف لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها أو التخفيف ، وكيف يجوز الاتفاق على التشديد ، فنكتفى هنا أيضاً بالإحالة ^(٣) .

(١) انظر فى تاريخ النص الوسيط الجزء الأول ص ٦٧٢ هامش رقم ١ .

(٢) انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٣٧ — فقرة ٤٤١ .

(٣) انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٥٢ — فقرة ٦٥٤ — وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٣ .

الفصل الثاني

التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي

(La clause pénale)

٤٧٧ — ماهو الشرط الجزائي : يحدث كثيراً أن الدائن والمدين لا يتركان تقدير التعويض إلى القاضي كما هو الأصل ، بل يعمدان إلى الاتفاق مقدماً على تقدير هذا التعويض . فيتفقان على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بالتزامه وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ ، أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه وهذا هو التعويض عن التأخير . هذا الاتفاق مقدماً على التعويض يسمى بالشرط الجزائي .

وسمى بالشرط الجزائي لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه . ولكن لا شيء يمنع من أن يكون في اتفاق لاحق لهذا العقد ^(١) (م ٢٢٣ مدني) ، بل لا شيء يمنع من أن يكون اتفاقاً على تقدير التعويض المستحق من مصدر غير العقد كالعمل غير المشروع ^(٢) وإن كان هذا يقع نادراً ^(٣) .

(١) ولكن قبل وقوع الضرر الذي يقدر الشرط الجزائي التعويض عنه ، وذلك حتى لا يلتبس بالصلح أو بالتجديد (دى باج ٣ فقرة ١٢٠) .

(٢) ومن الأمثلة على شرط جزائي يقدر التعويض عن عمل غير مشروع الشرط الجزائي الذي يتفق عليه في حالة الإخلال بوعد بالزواج ، إذ الإخلال بهذا الوعد تترتب عليه مسئولية تقصيرية لا عقدية (قارن أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢) . كذلك الشرط الجزائي الذي يتفق عليه في حالة إبطال بيع ملك الغير تقدير لتعويض عن مسئولية تقصيرية . وإذا حدد المتعاقدان مبلغ التعويض في حالة فسخ العقد ، فالمسئولية التي تتخلف عن فسخ العقد إنما هي مسئولية تقصيرية حدد المتعاقدان بشرط جزائي مبلغ التعويض عنها (قارب دى باج ٣ فقرة ١٢١ مكررة ثالثاً وفقرة ١٢٣) . وإذا كان الإخلال بالعقد جريمة جنائية — كجريمة التهديد — واتفق المتعاقدان على شرط جزائي ، فإن هذا يكون اتفاقاً مقدماً على التعويض عن جريمة أى عن عمل غير مشروع (دى باج ٣ فقرة ١١٧) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ .

والأمثلة على الشرط الجزائي كثيرة متنوعة . فشروط المفاوضة (cahier des charges) قد تتضمن شرطاً جزائياً يلزم المفاوض بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو عن كل أسبوع أو عن كل مدة أخرى من الزمن يتأخر فيها المفاوض عن تسليم العمل المعهود إليه لإنجازه . ولائحة المصنع (règlement d'atelier) قد تتضمن شروطاً جزائية تقضى بنخصم مبالغ معينة من أجره العامل جزاء له على الإخلال بالتزاماته المختلفة . وتعريف مصلحة السكك الحديدية أو مصلحة البريد قد تتضمن تحديد مبلغ معين هو الذى تدفعه المصلحة للمتعاقد معها فى حالة فقد « طرد » أو فقد رسالة . واشتراط حلول جميع أقساط الدين إذا تأخر المدين فى دفع قسط منها هو أيضاً شرط جزائي ولكن من نوع مختلف ، إذ هو هنا ليس مقداراً معيناً من النقود قدر به التعويض ، بل هو تعجيل أقساط مؤجلة . ومثل ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر من أنه إذا اتفق المؤجر والمستأجر على أن يسلم المستأجر عند انتهاء إيجارته الأظيان المؤجرة إليه خالية من الزراعة ، وشرط فى العقد تعويض المؤجر عن الإخلال بهذا الاتفاق بأن الزراعة التى عسى أن تكون قائمة عند انتهاء الإيجار تكون ملكاً للمؤجر ، كان الاتفاق الأصلي صحيحاً وكان الشرط الجزائي صحيحاً معه (١) .

(١) ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٢١٤ — ويقول ديموج فى هذا الصدد ان الشرط الجزائي يصح أن يكون مبلغاً من النقود ، كما يصح أن يكون شيئاً أو عملاً أو امتناعاً أو تقصير ميعاد فى استعمال الحق أو تشديداً فى شروط استعماله أو اشتراط ترخيص أو تغيير مكان تنفيذ الالتزام (ديموج ٦ فقرة ٤٥٣ ص ٤٨٨) — انظر أيضاً : نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ ص ٣٠ — محكمة مصر الوطنية ٢٥ مايو سنة ١٩٠١ الحقوق ١٧ ص ٩ — ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٣٤٩ — طنطا الكلية الوطنية ١٧ يناير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٨٢ — مصر الوطنية الاستئنافية ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٢ ص ٢٤٥ — وانظر الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٨ .

هذا والأصل فى الشرط الجزائي هو أن يكون تقديراً مقدماً للتعويض كما أسلفنا القول . ولكن قد يستعمله المتعاقدان لأغراض أخرى . من ذلك أن يتفقا على مبلغ كبير يزيد كثيراً على الضرر الذى يتوقعانه ، فيكون الشرط الجزائي بمثابة تهديد مالى . وقد يتفقا على مبلغ صغير يقل كثيراً عن الضرر المتوقع ، فيكون الشرط الجزائي بمثابة إعفاء أو تخفيف من المسؤولية . فإذا ستر الشرط الجزائي غرضاً غير مشروع ، كأن أخفى إعفاء غير مشروع من المسؤولية ، كان الشرط باطلاً (انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٧ — دى باج ٣ فقرة ١١٩ — وقارن أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٤٥) — وقد يكون الغرض من الشرط الجزائي تأكيد التزام المتعهد عن الغير ، بتحديد مبلغ التعويض الذى يكون مستولاً عنه إذا لم يقم —

وبعد أن عرفنا بالشرط الجزائي على هذا النحو ، نتكلم في : (١) شروط استحقاقه وتكييفه القانوني (٢) ما يترتب عليه من الأثر .

الفرع الاول

شروط استحقاق الشرط الجزائي وتكييفه القانوني

٧٨ — **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠^(١) » .
ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٥٢/٩٨ ، وهي بالرغم مما اشتملت عليه من عيوب ملحوظة في الصياغة لا تختلف في الحكم عن نص

= يحمل الغير على التعهد . وقد قضت محكمة النقض بأن الشرط الجزائي متى تعلق بالتزام معين وجب التقيد به وإعماله في حالة الإخلال بهذا الالتزام ، أي كان الوصف الصحيح للعقد الذي تضمنه ، بيعاً كان أو تعهداً من جانب الملتزم بالسعى لدى الغير لإقرار البيع ، وإذن فإذا كان الحكم ، مع إثباته لإخلال الملتزم بما تعهد به بموجب العقد من السعى لدى من ادعى الوكالة عنهم لإتمام بيع منزل في حين أنه التزم بصفته ضامناً متضامناً معهم بتنفيذ جميع شروط العقد ، لم يعمل الشرط الجزائي المنصوص عليه في ذلك العقد قولاً بأن العقد في حقيقته لا يعدو أن يكون تعهداً شخصياً بعمل معين من جانب المتعهد ، فإنه يكون قد أخطأ (نقض مدني ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٢ ص ١٨٠) . وقد يوضع شرط جزائي في الاشتراط لمصلحة الغير لتقدير التعويض المستحق للمشتروط في حالة إخلال المتعهد بالتزامه نحو المنتفع ، فيمثل الشرط الجزائي في هذه الحالة المصلحة المادية للمشتروط في اشتراطه لمصلحة الغير ، وكان وضع الشرط الجزائي (stipulatio poenae) على هذا النحو في القانون الروماني سبيلاً لتصحيح الاشتراط لمصلحة الغير ذاته (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٧ — دي باج ٣ فقرة ١١٩) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٠١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٣٠ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٩ — ص ٥٧٠) .

التقنين المدني الجديد^(١) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٢٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ١٧٠ فقرة أولى ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٢٦ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٦٦ فقرة أولى^(٢) .

٤٧٩ — المميز للشرط الجزائي : ويتبين من النص السالف الذكر أن

الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض ، فلا يتولد عنه التزام أصلي بالتعويض ، ولكن يتولد عنه التزام تبعي بتقدير التعويض بمبلغ معين ، وشروط استحقاق هذا الالتزام هي نفس شروط الالتزام الأصلي ، وتكليفه القانوني هو أنه التزام تابع لا التزام أصيل^(٣) .

(١) وكانت المادة ١٥٢/٩٨ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : « إذا كان التعهد بشيء معين مقرر حكمه في القانون أو متفق عليه بين المتعاقدين بأن يكون جزاء للتعهد عند عدم وفائه بشيء متعهد به في الأصل ، كان الخيار للتعهد إليه في طلب وفاء التعهد الأصلي أو التعهد الجزائي بعد تكليف التعهد بالوفاء تكليفاً رسمياً » . وهذا النص يوهم أن الشرط الجزائي التزام تخيري ، للدائن أن يطالب به أو أن يطالب بالالتزام الأصلي . وهذا خطأ تشريعي (قارن مصر الكلية ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٤ القضاء ٢ رقم ١٣) . أما التقنين المختلط (م ١٥٢) فقد أضاف العارة الآتية : « انما يجوز دائماً للتعهد منع هذا الخيار بقيامه بوفاء التعهد الأصلي بتمامه ، ما لم يكن التعهد الجزائي منصوحاً على وجوبه لجرد التأخر » . وبهذه الإضافة يكون التقنين المختلط أكثر دقة من التقنين الوطني (انظر والتون ٢ ص ٣٩٥ - ص ٣٩٦ - الموجز للمؤلف ص ٤٤٥ هامش رقم ١) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٢٤ (مطابقة لنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدني المصري) - التقنين المدني العراقي م ١٧٠ فقرة أولى (مطابقة لنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدني المصري) - التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٢٦ (مطابقة لنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدني المصري) . تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٦٦ فقرة أولى : للمتعاقدين أن يعينوا مقدماً في العقد أوفى صك لاحق ، قيمة بدل العطل والضرر في حالة تخلف المديون عن تنفيذ الموجب كله أو بعضه (والحكم واحد في التقنينين اللبناني والمصري) .
(٣) ومن أجل ذلك لا يجتمع الشرط الجزائي عن عدم التنفيذ مع التنفيذ العيني ، ولكن يجتمع مع التنفيذ العيني الشرط الجزائي عن التأخر في التنفيذ (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٥) .

المبحث الأول

شروط استحقاق الشرط الجزائي

٤٨٠ — سبب استحقاق التعويض : قدمنا أن الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض ، وإنما نشأ التعويض من مصدر آخر ، يغلب أن يكون عقداً كما مر القول . وعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الناشئ من هذا العقد هو السبب في استحقاق التعويض عن عدم التنفيذ ، وكذلك تأخر المدين في تنفيذ التزامه العقدى هو السبب في استحقاق التعويض عن التأخير^(١) . والشرط الجزائي إنما هو تقدير المتعاقدين مقدماً لكل من التعويضين .

٤٨١ — شروط استحقاق الشرط الجزائي : فشروط استحقاق الشرط الجزائي هي نفس شروط استحقاق التعويض . وقد قدمنا أن شروط استحقاق التعويض هي وجود خطأ من المدين ، وضرر يصيب الدائن ، وعلاقة سببية مابين الخطأ والضرر ، وإعذار المدين . فهذه هي أيضاً شروط استحقاق الشرط الجزائي ، وقد أشارت إلى ذلك المادة ٢٢٣ حيث أحالت على المواد ٢١٥ — ٢٢٠ . وهذه المواد بعضها — م ٢١٥ — ٢١٧ — يتناول الشروط الثلاثة الأولى ويدخل في ذلك التعديل الاتفاقى لقواعد المسؤولية ، وبعضها — م ٢١٨ — ٢٢٠ — يتناول شرط الإعذار^(٢) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ليس الشرط الجزائي في جوهره إلا مجرد تقدير اتفاقى للتعويض الواجب أدائه . فلا يعتبر بذاته مصدراً لوجوب هذا التعويض ، بل للوجوب مصدر آخر قد يكون التعاقد في بعض الصور ، وقد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى . فلا بد لاستحقاق الجزاء المشروط إذن من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض ، وهي الخطأ والضرر والإعذار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣) .

(٢) وكان هذا هو الحكم أيضاً في عهد التقنين المدنى السابق : استئناف مصر (الدوائر المجتمعة) ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٥٣ — المحاماة ٧ ص ٣٣١ —

٤٨٢ — شرط الخطأ : فلا يستحق الشرط الجزائي إذن إلا إذا كان هناك خطأ من المدين^(١) . والغالب أن يكون هذا الخطأ خطأ عقدياً كما أسلفنا القول . فإذا لم يكن هناك خطأ من المدين^(٢) . فلا مسئولية في جانبه ، ولا يكون التعويض مستحقاً . ومن ثم لا محل لإعمال الشرط الجزائي ، فما هو إلا تقدير لتعويض قد استحق ، ولم يستحق التعويض كما قدمنا .

٤٨٣ — شرط الضرر : ولا يستحق الشرط الجزائي كذلك إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن . ذلك أن الضرر من أركان استحقاق التعويض ، فإذا لم يوجد ضرر لم يكن التعويض مستحقاً ، ولا محل لإعمال الشرط الجزائي في هذه الحالة^(٣) .

ومع وضوح هذا الحكم فانه غير مسلم به في القانون الفرنسي ، وكان محلاً للتردد في عهد التقنين المدني السابق .

أما في القانون الفرنسي ، فقد نصت المادة ١١٥٢ من التقنين المدني الفرنسي على أنه « إذا ذكر في الاتفاق أن الطرف الذي يقصر في تنفيذه يدفع مبلغاً معيناً من النقود على سبيل التعويض ، فلا يجوز أن يعطى لتعويض الطرف الآخر مبلغ أكثر أو أقل^(٤) » . فذهب القضاء الفرنسي إلى أن الشرط الجزائي يستحق حتى

= استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٧ ص ١٦٥ — استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩١ — ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨ .

(١) استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤ .

(٢) ووقوع خطأ من المدين يترك إلى تقدير محكمة الموضوع بعد استيفاء الشروط القانونية للخطأ . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا نص في العقد على شرط جزاء عند عدم قيام المتعهد بما التزم به ، فلمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في اعتباره مقصراً أو غير مقصر حسبما يترأى لها من الأدلة المقدمة ، ولا سلطة لمحكمة النقض عليها في هذا التقدير (نقض مدني ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٨ ص ٣٠) . والدائن بالشرط الجزائي هو الذي يقع عليه عبء إثبات خطأ المدين (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .

(٤) وهذا هو الأصل في نصه الفرنسي :

Art. 1152 : Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommage - intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

لو لم يثبت الدائن أن هناك ضرراً أصابه ، فإن اتفاق الطرفين على شرط جزائي ، وتقديرهما مقدماً للتعويض المستحق ، معناه أنهما مسلمان بأن إخلال المدين بالتزامه يحدث ضرراً اتفاقاً على المقدار اللازم لتعويضه^(١).

أما في مصر في عهد التقنين المدني السابق ، فقد كانت المادة ١٢٣/١٨١ من هذا التقنين تجرى على الوجه الآتي : « إذا كان مقدار التضمين في حالة عدم الوفاء مصرحاً به في العقد أو في القانون ، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر ». ومع أنه كان واضحاً أن هذا النص مأخوذ من المادة ١١٥٢ من التقنين المدني الفرنسي سالفه الذكر ، فإن القضاء المصري ظل متردداً ، تقضى بعض أحكامه بعدم اشتراط إثبات الدائن لوقوع ضرر أصابه على غرار القضاء الفرنسي ، وتقضى أحكام أخرى بوجوب إثبات وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي تطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية . ثم انحسم الخلاف ، واستقر القضاء المصري على الرأي الثاني وهو المتفق مع القواعد العامة ، وقضت الدوائر المحكمة الاستئناف في كل من القضايا الوطنية والمختلط بأنه يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي أن يكون هناك ضرر أصاب الدائن^(٢).

وجاء التقنين المدني الجديد فنص صراحة على وجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، فتمشى بذلك مع القواعد العامة ، وقن القضاء المصري الوطني والمختلط على الوجه الذي قدمناه . وهذا هو ما جرت به الفقرة الأولى من المادة ٢٢٤ من هذا التقنين : « لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر » . ويلاحظ من هذا النص أن الشرط الجزائي ، بالنسبة إلى وقوع الضرر ، لا يخلو من فائدة . فوجود هذا الشرط يجعل الضرر

(١) ويكون الغرض من الشرط الجزائي منع أي جدل يدور حول وقوع الضرر ومقدار تعويضه (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٨) .

(٢) كان القضاء الوطني متردداً في أول الأمر . فبعض الأحكام كانت تقضى بوجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي : استئناف أهل ٢٩ نوفمبر سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٦ ص ٨٥ — ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ الحقوق ٣١ ص ٤٦ — ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٢٩ ص ٤٤ — ٣٠ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٢٠٩ — ١٤ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ ص ٣٣ — ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ ص ١٣ . وكانت أحكام أخرى لا تشترط إثبات وقوع الضرر : استئناف أهل ١٣ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ =

واقعاً في تقدير المتعاقدين ، ولذلك يفترض وقوع الضرر ، ولا يكلف الدائن إثباته . وعلى المدين ، إذا ادعى أن الدائن لم يلحقه أى ضرر ، أن يثبت ذلك . فعلى إثبات الضرر إذن — خلافاً للقواعد العامة — ينتقل من الدائن إلى المدين بفضل وجود الشرط الجزائي (١) .

= ص ٢٥٨ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٥ ص ٦١ — ٢٠ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٦٩ ص ١٢٨ — ٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٩ ص ٢٣٨ — ٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ١١٧ . ثم حسمت محكمة الاستئناف الوطنية في دوائرها المجتمعة هذا الخلاف ، وقضت بوجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي (٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٥٣ — المحاماة ٧ ص ٣٣١) . غير أن محكمة استئناف مصر قضت في حكم لها ، بعد صدور حكم الدوائر المجتمعة ، بأن وقوع الضرر لا يشترط : ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١/٤٢٥ ص ٨٦٠ .

وكان القضاء المختلط متردداً كذلك . فن الأحكام ما قضت بوجوب وقوع الضرر : استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٤٥ — ٩ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١١٢ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ — ٦ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٨ — ١٣ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٧١ — ومن الأحكام ما قضت بعكس ذلك ولم تشترط وقوع الضرر : استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٣٩ — ١٠ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٧٠ — ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠١ . ثم حسمت محكمة الاستئناف المختلطة في دوائرها المجتمعة هذا الخلاف ، وقضت بوجوب وقوع الضرر كما فعلت بعد ذلك محكمة الاستئناف الوطنية (استئناف مختلط دوائر مجتمعة ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥ — انظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٦٢ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢١ — ١٩ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٧) . وبقى الخلاف هل مع وجود الشرط الجزائي يقع عبء إثبات الضرر على الدائن (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٤ — ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢١) أو ينتقل عبء الإثبات إلى المدين فيكلف بنى وقوع الضرر (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٦٧ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩١ — ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨١ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٧ : يعتبر سكوت الدائن مدة طويلة قرينة على انتفاء الضرر) . وينص التقنين الجديد — كما سنرى — أن عبء الإثبات ينتقل إلى المدين ، وهو الذي عليه أن يثبت أن الدائن لم يلحقه ضرراً (انظر في القضاء المصري في عهد التقنين المدني السابق الموجز للمؤلف ص ٤٤٤ هامش رقم ١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الطاعن اتفق مع المطعون عليه على أن يحصل من ابنه على إجازة العقد الخاص بإشراكه في إدارة عمل رسا على ابن الطاعن ، كما اتفقا على أنه إذا أخل الطاعن بهذا الالتزام فيدفع للمطعون عليه مبلغاً معيناً بصفة تعويض ، وكان مقتضى هذا الشرط الجزائي أن يكون على الطاعن الذي أخل بالتزامه — فحق عليه التعويض — عبء إثبات =

٤٨٤ — سُرْطُ عَرَفَةِ السَّبِيَّةِ : ولا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا قامت علاقة السببية بين الخطأ والضرر . أما إذا انتفت هذه العلاقة بثبوت السبب الأجنبي ، أو انتفت بأن كان الضرر غير مباشر أو كان في المسؤولية العقدية مباشراً ولكنه غير متوقع ، فعند ذلك لا تتحقق المسؤولية ، ولا يستحق التعويض ، فلا محل إذن لإعمال الشرط الجزائي (١) .

٤٨٥ — سُرْطُ الْإِعْذَار : والإعذار شرط لاستحقاق الشرط الجزائي ، في جميع الأحوال التي يجب فيها إعذار المدين . أما في الأحوال التي لا ضرورة فيها للإعذار ، فإنه لا يشترط (٢) . وقد تقدم ذكر كل ذلك تفصيلاً . وما دام التعويض لا يستحق إلا بالإعذار في الأحوال التي يجب فيها ، فإنه إذا لم يقيم الدائن بإعذار المدين في هذه الأحوال لم يكن التعويض مستحقاً ، ولا يكون ثمة هناك محل لإعمال الشرط الجزائي (٣) . وقد أشارت المادة ٢٢٣ مدني في استحقاق الشرط

= أن ابنه قد خسر في الصفقة وأنه بذلك لا يكون قد أصاب المطعون عليه ضرر نتيجة عدم إشراكه في العمل المذكور ، وكان يبين من الأوراق أن الطاعن قصر دفاعه على مجرد القول بأن ابنه خسر في الصفقة دون تقديم ما يؤيد ذلك ، فيكون فيما جاء بالحكم ، بناء على الأسباب التي أوردها ، من عدم التمويل على دفاع الطاعن بأنه لم يلحق المطعون عليه ضرر ، الرد الكافي على ما ينعي به الطاعن من أن الحكم لم يتحدث عن الضرر (نقض مدني ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠ ص ٥٤) .

(١) ومع ذلك يجوز الاتفاق على مخالفة هذا الحكم ، ويكون هذا بمثابة اتفاق على التشديد من المسؤولية وتحميل المدين تبعة الحادث الفجائي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « فيشترط أولاً توافر الخطأ . ويتفرع على ذلك أن الجزاء المشروط لا يجوز استيفاءه متى أصبح الوفاء بالالتزام مستحيلاً من جراء سبب أجنبي لا يد للمدين فيه (م ١٦٣ فقرة ٢ من تقنين الالتزامات السويسرى و م ٦٧٧ من التقنين البرتغالى) . بيد أن الاتفاق على مخالفة هذا الحكم يقع صحيحاً بوصفه اشتراطاً من اشتراطات التشديد من المسؤولية ، يقصد منه إلى تحميل المدين تبعة الحادث الفجائي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ — ص ٥٧٤) .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٥ (لا ضرورة للإعذار في شرط جزائي للالتزام بالامتناع عن عمل) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ — ص ٥٧٥ . وكان هذا هو أيضاً الحكم في عهد التقنين المدنى السابق (م ٩٨ مدني أهلى) : استئناف أهلى ٢ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٤٥ — ٢١ يونيو سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ =

الجزائي إلى وجوب تطبيق النصوص المتعلقة بالإعذار (م ٢١٨ - ٢٢٠ مدني) (١).
وقد منّا أن مجرد وجود شرط جزائي لا يعنى من الإعذار ، ولا يعتبر وجود هذا
الشرط اتفاقاً صريحاً أو ضمناً على إعفاء الدائن من إعذار المدين (٢) .

المبحث الثاني

التكييف القانوني للشرط الجزائي

٤٨٦ — الالتزام بالشرط الجزائي تابع للالتزام الأصلي : قد منّا
أن الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام تابع لا التزام أصيل . أما الالتزام الأصلي
الذي يتبعه الالتزام بالشرط الجزائي فهو ما التزم به المدين أصلاً بالعقد أو بغيره
من مصادر الالتزام ، فقد يلتزم بنقل ملكية أو بعمل أو بالامتناع عن عمل ،
ثم يتفق مع الدائن على مبلغ معين يقدران به التعويض فيما إذا أخل المدين بالتزامه .
ويترتب على أن الالتزام بالشرط الجزائي التزام تابع أمران : (أولاً) أن
العبرة هي بالالتزام الأصلي لا بالشرط الجزائي . (ثانياً) بطلان الالتزام الأصلي
يستتبع بطلان الشرط الجزائي ، أما بطلان الشرط الجزائي فلا يستتبع بطلان
الالتزام الأصلي .

٤٨٧ — العبرة بالالتزام الأصلي لا بالشرط الجزائي : لا يستطيع
الدائن أن يطالب المدين إلا بالالتزام الأصلي ما دام تنفيذه ممكناً . كذلك

ص ٤٩ — استئناف مصر ٢٤ يناير سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٤٤ ص ٦٧ —
مصر الكلية الوطنية ١٩ أغسطس سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٥٣٥ — استئناف مختلط
١١ يونيو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٠٧ - ١٧ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٤ - ٣٠ مايو
سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٩٦ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٣٩ - ٣١ أكتوبر
سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٩ .

(١) انظر أيضاً المادة ١٢٣٠ من التقنين المدني الفرنسي .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٦٦ .

لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا الالتزام الأصلي^(١) . وإنما يستطيع الدائن أن يطالب بالشرط الجزائي ، ويستطيع المدين أن يعرضه على الدائن ، إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلاً بخطأ المدين . أما إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلاً بسبب أجنبي ، فقد انقضى هذا الالتزام ، ولا يجوز عندئذ للدائن المطالبة بالشرط الجزائي ، لأن الشرط الجزائي ليس إلا تقديرًا لتعويض مستحق ، وهنا لا يستحق الدائن تعويضاً ما .

وينبني على ما تقدم أن الشرط الجزائي - كالتعويض - لا يعتبر التزاماً تخييرياً ولا التزاماً بدلاً . فهو ليس بالالتزام تخييرى ، لأن الدائن لا يستطيع أن يختار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي فيطلب تنفيذ أيهما ، بل هو لا يستطيع أن يطلب إلا تنفيذ الالتزام الأصلي ما دام هذا ممكناً^(٢) . ولأن المدين هو أيضاً لا يملك هذا الخيار ، بل هو لا يستطيع إلا أن يعرض تنفيذ الالتزام الأصلي ما أمكنه ذلك . والشرط الجزائي ليس بالالتزام بدلى ، لأن المدين لا يملك أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي إذا كان ممكناً إلى تنفيذ الشرط الجزائي كبديل عن الالتزام الأصلي^(٣) .

(١) استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٩ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ جازيت ٢ ص ٣٤ .

(٢) ومن ذلك نتيجه عدم دقة المادة ٩٨ من التقنين المدنى الوطنى السابق والمادة ١٢٢٨ من التقنين المدنى الفرنسى . فالمادة ٩٨ من التقنين المدنى الوطنى السابق كانت توهم أن الشرط الجزائى التزام تخييرى الخيار فيه للدائن ، وهذا خطأ تشريعى سبقت الإشارة إليه . وقد أصلحت المادة ١٥٢ من التقنين المدنى المختلط هذا الخطأ بأن أضافت : « إنما يجوز دائماً للمتعهد منع هذا الخيار بقيامه بوفاء التعهد الأصيل بتمامه » ، ما لم يكن التعهد الجزائى منصوباً على وجوبه لمجرد التأخر » . وقد مر ذكر ذلك (أنظر آنفاً ص ٨٥٤ هامش رقم ١) .

أما المادة ١٢٢٨ من التقنين المدنى الفرنسى فتخص على أنه « يجوز للدائن ، بدلا من مطالبة المدين المعذر بالشرط الجزائى ، أن يطالب بتنفيذ الالتزام الأصيل » . وهذا النص يوهم أيضاً أن الشرط الجزائى التزام تخييرى الخيار فيه للدائن . ولكنه يفسر فى فرنسا على الوجه الصحيح ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بالشرط الجزائى إذا عرض المدين تنفيذ الالتزام الأصيل ، ولا يجوز للمدين أن يعرض الشرط الجزائى إذا طالب المدين بتنفيذ الالتزام الأصيل وكان هذا التنفيذ ممكناً ، وكل ما يعنيه النص هو أن وجود الشرط الجزائى لا يمنع الدائن من المطالبة بتنفيذ الالتزام الأصيل (كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٦٥) .

(٣) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧١ هامش رقم ١ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٦٠ =

ولنما الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام تابع للالتزام الأصلي ، يبقى ببقائه وينقضي بانقضائه ، فاذا ما أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلاً بخطأ المدين ، تغير محل الالتزام الأصلي وأصبح تعويضاً تكفل الشرط الجزائي بتقديره .

٤٨٨ — بطوره الالتزام الأصلي يستتبع بطوره الشرط الجزائي

ولا عكسى : وإذا كان الالتزام الأصلي باطلا ، كان الشرط الجزائي وهو التزام تابع باطلا كذلك . فاذا عقد الالتزام الأصلي غير ذي أهلية أو غير ذي صفة ، أو تعهد شخص بارتكاب جريمة وإلا دفع مبلغاً معيناً كشرط جزائي ، كان كل من الالتزام الأصلي والشرط الجزائي باطلاً^(١) .

ولكن إذا كان الشرط الجزائي باطلاً ، فلا يستتبع ذلك أن يكون الالتزام الأصلي باطلاً ، لأن الشرط الجزائي التزام تابع ، فلا يتعلق به مصير الالتزام الأصلي . مثل ذلك أن يشترط الدائن المرتهن ، كشرط جزائي إذا لم يستوف

= فقرة ١٣٦١ — ديموج ٦ فقرة ٤٤٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ — دى باج ٣ فقرة ١٢٣ .

كذلك لا يمكن اعتبار الالتزام الأصلي التزاماً معلقاً على شرط ، بل هو التزام بسيط . والالتزام المعلق على شرط هو الالتزام بالشرط الجزائي ، فإنه لا يستحق إلا إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلاً بخطأ المدين (لاروميير ٤ المادة ١٢٢٨ فقرة ٥ — لوران ١٧ فقرة ٤٣١ — هيك ٧ فقرة ٣٧٠ — ديمولومب ٢٦ فقرة ٦٤٨ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧١ هامش رقم ١ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٦٢ — ديموج ٦ فقرة ٤٤٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ — دى باج ٣ فقرة ١٢٦) . وانظر في تكييف الشرط الجزائي مقالا للأستاذ سيرانوفاشيو (Seirano Facio) في الطبيعة القانونية للشرط الجزائي في القانون الفرنسى وفي القوانين اللاتينية الأمريكية (المجلة الدولية للقانون المقارن سنة ١٩٤٩ ص ٣١٥) .

(١) استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤ — وقد يقترن بيع ملك الغير بشرط جزائي ، ولا يجوز المالك الحقيقي العقد فيبطل المشتري البيع ويتقاضى الشرط الجزائي . والسبب في ذلك أن الشرط الجزائي هنا ليس تابعاً لالتزام باطل نشأ عن بيع ملك الغير ، وإلا كان الشرط الجزائي ذاته باطلاً أيضاً ، وإنما هو تابع لالتزام نشأ عن مسؤولية البائع لملك غيره ، وهي مسؤولية تقصيرية قائمة ، فيقوم معها الشرط الجزائي (انظر آنفاً فقرة ٤٧٧ في الهامش . وقارن أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢ وهامش رقم ٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ ص ٢٠٦) . وهذا بخلاف ما إذا اقترن عقد صحيح بشرط جزائي ، فيكون الشرط الجزائي تابعاً للالتزام الناشئ من العقد الصحيح ، فإذا فسخ العقد سقط بفسخه الشرط الجزائي ، وسيأتى بيان ذلك .

الدين عند حلوله ، أن يبيع العين المرهونة دون اتباع الإجراءات الواجبة قانوناً أو أن يملك العين ، ففي هذه الحالة يكون الشرط الجزائي باطلاً دون أن يبطل الالتزام الأصلي^(١) .

ويترتب على تبعية الشرط الجزائي أيضاً أن الدائن إذا اختار ، عند إخلال المدين بالتزامه الأصلي ، فسخ العقد بدلاً من المطالبة بتنفيذ الشرط الجزائي ، سقط الالتزام الأصلي بمجرد فسخ العقد، وسقط معه الشرط الجزائي لأنه تابع له ،

(١) وقد نصت المادة ١٢٢٧ من التقنين المدني الفرنسي على أن « بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي ، أما بطلان الشرط الجزائي فلا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي » . وأنظر هيك ٧ فقرة ٣٦٨ - لوران ١٧ فقرة ٤٢٨ - أوبري ودر ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٥٧ - ديموج ٦ فقرة ٤٦١ - فقرة ٤٦٢ .

وجاء في الموجز للمؤلف في هذا الصدد : « إذا كان الالتزام الأصلي باطلاً ، كان الشرط الجزائي وهو التزام تبعي باطلاً مثله . مثل ذلك أن يتعهد شخص بالأيطلق زوجته حتى لو خانت = الأمانة الزوجية ، وإلا دفع لها مبلغاً معيناً على سبيل التعويض . هذا الشرط الجزائي باطل ، لأنه تابع لتعهد باطل لمخالفته للنظام العام وللأداب (انظر استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤) ولكن للزوجة شرعاً أن تشترط على زوجها تطبيق ضررها ، كما لها أن تشترط عليه ألا يتزوج عليها ، وإلا طلقت منه واستحققت تعويضاً ، وليس للمحكمة أن تمتنع عن التصديق على التعويض المقدر إلا إذا ثبت أنه جائز وغير مقبول وغير متناسب بالمرّة مع الضرر الذي سببه الطلاق (شبن الكوم ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٥٤٠) . ولكن إذا كان الشرط الجزائي باطلاً ، فلا يستتبع ذلك أن يكون الالتزام الأصلي باطلاً ، لأن الشرط الجزائي التزام تابع ، فلا يتعلق به مصير الالتزام الأصلي . مثل ذلك أن يتعهد ممثل بآلا يظهر على مسرح معين ، وإلا التزم بأن يعيش في مكان مقفل طول حياته . الشرط الجزائي في هذا الفرض باطل لمخالفته للنظام العام إذ هو قيد خطير على الحرية الشخصية ، ولكن الالتزام الأصلي صحيح ، فيبقى الممثل ملتزماً بآلا يظهر على هذا المسرح المعين ، فإن فعل كان مسئولاً عن التعويض ، وتولى القاضي تقديره . ويمكن في هذه المناسبة أن نميز بين الشرط الجزائي والالتزام الشرطي . فلو حورنا الممثل المتقدم وجعلناه التزاماً شرطياً ، بأن يتعهد الممثل في الأصل أن يعيش في مكان مقفل طول حياته إذا ظهر على مسرح معين ، فإن الالتزام الأصلي هنا يكون إقامة الممثل في مكان مقفل طول حياته ، وهذا الالتزام معلق على شرط ظهوره على مسرح معين . ولما كان الالتزام الأصلي باطلاً ، فالشرط باطل كذلك ، ويكون الممثل غير ملزم ، في هذا الفرض المحور وهو فرض الالتزام الشرطي ، بالامتناع عن الظهور على مسرح معين ، وهو ملزم بهذا الامتناع في الفرض الآخر وهو فرض الشرط الجزائي . على أننا نرى أن تكليف الالتزام بأنه التزام شرطي أو بأنه شرط جزائي ينظر فيه إلى نية المتعاقدين ، ولا شيء يمنع القاضي ، حتى بعد التحوير المتقدم ، من تكليف الالتزام بأنه شرط جزائي » (الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٩ ص ٤٤٥ - ص ٤٤٦) .

قارب أيضاً أدى باج ٣ فقرة ١٢٦ ، وقارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٦٢ .

ويطالب الدائن في هذه الحالة بالتعويضات التي يقدرها القاضي وفقاً للقواعد العامة التي تقدم ذكرها ، ولا يطالب بالتعويض المقدّر في الشرط الجزائي^(١) .

٤٨٩ — تمييز الشرط الجزائي عما يشتهر به من أوضاع : ويتبين من تكييف الشرط الجزائي على النحو الذي قدمناه أن هذا الشرط قد يشتهر بأوضاع قانونية أخرى ، وبخاصة يشتهر بالعربون وبالتهديد المالي ، فيجب تمييزه عما يشتهر به .

٤٩٠ — تمييز الشرط الجزائي عن العربون : إذا كانت دلالة العربون هي جواز العدول عن العقد ، فإنه يجوز لكل من المتعاقدين أن يرجع في العقد بعد إبرامه لقاء دفع مبلغ العربون ، فيشتبه العربون بالشرط الجزائي ، وقد يحمل على أنه شرط جزائي لتقدير التعويض في حالة العدول عن العقد^(٢) . ولكن الفرق كبير بين العربون والشرط الجزائي ، ويظهر هذا الفرق من الوجوه الآتية :

(١) العربون هو المقابل لحق العدول عن العقد ، فمن أراد من المتعاقدين أن يعدل عن العقد كان له ذلك في مقابل دفع العربون ، أما الشرط الجزائي فتقدير لتعويض عن ضرر قد وقع ويترتب على ذلك أن الالتزام بدفع العربون قائم حتى لو لم يترتب على العدول عن العقد أي ضرر ، أما الشرط الجزائي فلا يستحق إلا إذا وقع ضرر للدائن كما قدمنا^(٣) .

(١) كذلك جميع الأوصاف التي تلحق الالتزام الأصلي ، من شرط وأجل وتضامن ونحو ذلك ، تلحق بالتبعية الشرط الجزائي ، فيصير هذا الشرط موصوفاً وصف الالتزام الأصلي (لوران ١٧ فقرة ٤٤٦ — هيك ٧ فقرة ٣٧٢ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٤٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ ص ٢٠٦ — دي باج ٣ فقرة ١٢١ مكررة ثالثاً — قارن ديموج ٦ فقرة ٤٧١) .

(٢) أنظر ديموج ٦ فقرة ٤٥٠ — وقد قضت محكمة النقض بأن اشتراط جزاء عند عدم قيام المتعهد بما التزم به جائز في كل مشاركة ، سواء أكانت بيعاً أم معاوضة أم إجارة أم أي عقد آخر ، والعربون بهذا المعنى ليس خاصاً بعقود البيع وحدها (نقض مدني ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ ص ٣٠) .

(٣) استئناف مختلط ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢٢ — أول فبراير سنة ١٩٢٢ م

(٢) العربون لا يجوز تخفيضه ، سواء كان الضرر الذى أصاب المتعاقد الآخر من جراء العدول عن العقد مناسباً للعربون أو غير مناسب ، بل إنه يجب دفع مبلغ العربون كما هو حتى لو لم يلحق هذا الطرف الآخر أى ضرر من العدول عن العقد كما قدمنا . أما الشرط الجزائى فيجوز تخفيضه حتى يتناسب مع الضرر ، وسيأتى القول فى ذلك .

(٣) يمكن تكييف العربون بأنه البذل فى التزام بدلى . ففى البيع مع العربون مثلاً ، يلتزم المشتري التزاماً أصلياً بدفع الثمن فى مقابل أخذ المبيع ، وله إذا شاء أن يعدل عن هذا المحل الأصيل — دفع الثمن فى مقابل أخذ المبيع — إلى محل بدلى هو دفع مبلغ العربون فى غير مقابل . أما الشرط الجزائى فتكييفه القانونى هو تكييف التعويض كما قدمنا : لا هو بالالتزام تخيرى ولا هو بالالتزام بدلى . ومن ثم لا يكون المدين حراً — بخلاف المشتري فى المثل المتقدم — فى العدول عن تنفيذ التزامه الأصيل إذا كان هذا التنفيذ ممكناً إلى تنفيذ الشرط الجزائى ، بل يتعين عليه أن يقوم بتنفيذ التزامه الأصيل إذا طلب إليه الدائن ذلك^(١) .

وينبغى — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — « الرجوع إلى نية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كانا قد أرادا بالعربون تحديد قيمة جزافية لا يجوز الانتقاص منها ، أو تقدير تعويض اتفاقى يجوز انتقاصه ، لاسيما إذا كان الجزاء المشروط فادحاً^(٢) » .

٤٩١ — تمييز الشرط الجزائى عن التهديد المالى : ونستطيع مما قدمناه

عن كل من التهديد المالى والشرط الجزائى أن نميز بينهما من الوجوه الآتية :

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ — وأنظر فى الفروق ما بين العربون والشرط الجزائى الوسيط الجزء الأول فقرة ١٤٢ ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤ وص ٢٦٤ هامش رقم ١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٥ — وقد قضت محكمة النقض بأن استظهار نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه . فله أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن المتعاقدين قصدا به أن يكون البيع بيعاً تاماً منجزاً بشرط جزائى ، ولم يقصدا أن يكون بيعاً بعربون أو بيعاً معلقاً على شرط فاسخ (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣) .
(٥٥ الوسيط — ج ٢)

(١) فالتهديد المالى يحكم به القاضى ، أما الشرط الجزائى فيتفق عليه الدائن والمدين .

(٢) والتهديد المالى تحكمى لا يقاس بمقياس الضرر ، وإنما يقصد به التغلب على عناد المدين ، فينظر إلى موارده المالية وقدرته على مقاومة الضغط . أما الشرط الجزائى فالأصل فيه أن يقاس بمقياس الضرر .

(٣) والتهديد المالى حكم وقى تهديدى ، فهو لا يقبل التنفيذ إلا إذا حول من غرامة تهديدية إلى تعويض نهائى كما سبق القول . أما الشرط الجزائى فليس بوقى ولا تهديدى ، وإنما هو اتفاق نهائى قابل للتنفيذ على حاله . وإذا جاز تخفيض الشرط الجزائى للمبالغة فى التقدير كما سئرى ، فالأصل فيه عدم التخفيض . أما التهديد المالى فالأصل فيه التخفيض ، لأنه يكون عادة أزيد بكثير من الضرر الحقيقى ، فيغلب تخفيضه عند تحويله إلى تعويض نهائى .

(٤) وليس التهديد المالى إلا وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العينى ، أما الشرط الجزائى فعلى العكس من ذلك يتصل بالتعويض لا بالتنفيذ العينى .

(٥) والتهديد المالى يقدر عن كل وحدة من الزمن أو عن كل مرة يخل فيها المدين بالتزامه . أما الشرط الجزائى فلا يقدر على هذا النحو إلا إذا كان تعويضاً عن تأخر المدين فى تنفيذ التزامه ، فإذا كان تعويضاً عن عدم التنفيذ فانه يقدر عادة مبلغاً مقطوعاً (forfaitaire) .

على أن الشبهة تزيد إذا كان الشرط الجزائى يقدر التعويض عن التأخر فى التنفيذ . فقد يدق التمييز بينه وبين التهديد المالى إذا ما حكم القاضى على مقاول تأخر فى تسليم العمل بغرامة تهديدية عن كل يوم يتأخر فيه ، أو اتفق المتعاقدان مقدماً على أن يدفع المقاول مبلغاً كبيراً — يقرب من الغرامة التهديدية — عن كل يوم يتأخر فيه المقاول عن تسليم العمل . فى الحالتين يبدو أن المبلغ المقدر إنما وضع للتهديد أكثر مما وضع للتعويض عن ضرر . وفى الحالتين ينخفض القاضى هذا المبلغ المقدر : فى الغرامة التهديدية عندما يحولها إلى تعويض نهائى ، وفى الشرط الجزائى عندما يرى أن تقدير الطرفين كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة كما سئرى . ولكن الذى يميز بين الوضعين فى مثل هذه الأحوال أن الغرامة التهديدية

حكم يصدر من القاضي ، أما الشرط الجزائي فاتفق يتم مقدماً بين الطرفين (١).

الفرع الثاني

ما يترتب على الشرط الجزائي من الآثار

٤٩٢ — النصرة القانونية : تنص المادة ٢٢٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر » .

(١) وهناك أوضاع أخرى تلتبس بالشرط الجزائي :

من ذلك الشرط الذي يضع حداً أقصى لمقدار المسؤولية (clause de maximum) ، فقد يتفق الطرفان على حد أقصى لمقدار مسؤولية المدين لاتصح مجاوزته ، فتشترط مصلحة السكك الحديدية أو مصلحة البريد مثلاً ألا تتجاوز مسؤوليتها مبلغاً معيناً في ضياع « طرد » أو رسالة ، فإذا زاد الضرر على هذا المبلغ المعين لم تدفع المصلحة إلا هذا المبلغ ، وإن قل عنه نزل التعويض إلى مقدار الضرر الفعلي . أما في الشرط الجزائي ، فلا ينزل التعويض عن المبلغ المقدّر ، حتى لو كان الضرر أقل ، إلا إذا تبين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة (انظر في هذه المسألة ديموج ٦ فقرة ٤٤٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧١ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٩٠) . ومن ذلك ما يتفق عليه المتعاقدان من شروط لتحديد الثمن أو الأجرة أو المقابل بوجه عام . فإذا اتفق المفاوض مع رب العمل على ميعاد معين إذا سلم العمل قبله زيد في أجره بنسبة معينة ، أو سلم العمل بعده نقص أجره بنسبة معينة ، كان هذا الاتفاق تحديداً للأجر لا شرطاً جزائياً (ديموج ٦ فقرة ٤٤٦) . وإذا اشترط في عقد إيجار الأفيان أنه « في حالة زراعة القطن مكرراً يزداد الإيجار المستحق بما يوازي الإيجار الأصلي عن القدر الذي يزرع قطعاً مكرراً » ، ورأت المحكمة أن هذا الشرط ليس شرطاً جزائياً يستلزم القضاء به التحقق من أن المؤجر قد لحقه ضرر بسبب مخالفته عقد الإيجار ، وإنما هو اتفاق على مضاعفة الأجر في حالة معينة ، وهي تكرار زراعة القطن في الجزء الواحد من الأرض المؤجرة سنتين متوالتين ، ثم أعطته على هذا الاعتبار حكمه ، وهو القضاء بالأجرة المضاعفة طبقاً لعقد الإيجار ، فلا تقبل المناقشة في ذلك لدى محكمة النقض مادام التفسير الذي أخذت به المحكمة متفقاً تمام الاتفاق مع مدلول عبارة العقد (نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٨ ص ٥٨) . وإذا رضى الدائن أن ينزل عن جزء من الدين إذا واطب المدين على دفع الأقساط في مواعييدها المعينة ، فإن اتفاه مع المدين على ذلك لا يتضمن اتفاقاً على شرط جزائي (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٧٩) .

« ٢ — ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدعي أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه » .
« ٣ — ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين » .

وتنص المادة ٢٢٥ على ما يأتي :

« إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت أن المدعي قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً^(١) .
وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٢٣/١٨١^(٢) .

= وقد يلتبس الشرط الجزائي بالصلح وبالتجديد ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وليس يبق بعد ذلك سوى أمر التفريق بين الشرط الجزائي وبين ما قد يشبهه به من أوضاع . فهو يقوم على تحديد مقدار التعويض الواجب أدائه مقدماً قبل استحقاقه ، سواء أدرج في صلب العقد أو ذكر في اتفاق لاحق . وهو بهذا يفرق عن الصلح أو التجديد ، إذ ينمقد كلاهما بعد أن يصبح التعويض مستحقاً ، إما لحسم نزاع بشأن تقدير هذا التعويض ، وإما للاستماضة عنه بدين جديد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٥) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٢٤ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة « أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة » الواردة في الفقرة الثانية ، فقد كانت في المشروع التمهيدى : « أن التقدير كان فادحاً » . وأقرت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدى وأصبح رقم المادة ٢٣١ من المشروع النهائى . ورواى عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة » بعبارة « أن التقدير كان فادحاً » ، لأن كلمة « فادحاً » تفيد أن التقدير غير ممكن تحمله مع أن المقصود هو أن التقدير غير متناسب ، فتكون العبارة الأولى أقرب إلى الإفصاح عن المقصود ، وأصبح رقم المادة ٢٢٤ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧١ — ص ٥٧٢) .

م ٢٢٥ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٣٢ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ و ص ٥٧٥) .

(٢) وقد كانت المادة ١٢٣/١٨١ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « إذا كان مقدار التضمين في حالة عدم الوفاء مصرحاً به في العقد أو في القانون ، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر » . (هذا والتضمين المصرح به في القانون — كما ورد في النص — هو فوائد التأخر عن الوفاء بمبلغ من النقود ، وهو لا يدخل في الشرط الجزائي) .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى ، في التقنين المدني السوري المادتين ٢٢٥ — ٢٢٦ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ١٧٠ الفقرتين الثانية والثالثة ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٢٧ — ٢٢٨ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٢٦٦ (فقرة ٢ و ٣) و ٢٦٧^(١) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٢٥ — ٢٢٦ (مطابقتان لنص المادتين ٢٢٤ — ٢٢٥ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ١٧٠ (فقرة ٢ و ٣) (مطابقة لنص المادتين ٢٢٤ — ٢٢٥ من التقنين المدني المصري فيما عدا كلمة « فادحا » بدلا من عبارة « مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ») .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٢٧ — ٢٢٨ (مطابقتان لنص المادتين ٢٢٤ — ٢٢٥ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٦٦ (فقرة ٢ و ٣) : ولقد وضع البند الجزائي لتعويض الدائن من الأضرار التي تلحق به من عدم تنفيذ الموجب . فلا يحق له أن يطالب بالأصل والغرامة معاً ، إلا إذا كان البند الجزائي قد وضع لمجرد التأخير أو على سبيل إكراه المديون على الإيفاء . ويحق للقاضي أن يخفض غرامة الإكراه إذا وجدها فاحشة . وللقاضي أن ينقص البدل المعين في البند الجزائي إذا كان قد نفذ قسم من الموجب الأصلي . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

م ٢٦٧ : إن البند الجزائي صحيح معمول به وإن كان موازياً في الواقع لبند ناف للتعبة . وإنما تستثنى حالة الخداع الذي يرتكبه المديون . (وهذا الحكم معمول به دون نص في التقنين المدني المصري) .

ويلاحظ أن التقنين اللبناني لم يعرض لمبدأ اشتراط الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، مع أنه نص على تخفيض الشرط الجزائي (في صورة غرامة الإكراه) إذا وجد القاضي فاحشاً . ويقول الدكتور صبحي الحمصاني في هذا الصدد ما يأتي : « إما بخصوص الضرر ، فإن قانون الموجبات اللبناني لم يذكر شيئاً عنه ، ولكن اجتهاد القضاء (قرار محكمة الاستئناف الخاصة بتوحيد الاجتهاد الصادر في ١٢ تشرين الأول سنة ١٩٤٥ عدد ١٦ وقرار الفرقة الأولى من محكمة استئناف بيروت الصادر في ١٩ أيار سنة ١٩٥٣ عدد ٦٧٢ النشرة القضائية اللبنانية ١٩٥٣ ص ٥٣٧) سار وفقاً للاجتهاد الفرنسي على إعفاء الدائن من إثبات حقيقة الضرر ومقداره ، على اعتبار أن الغاية من تعيين التعويض مقدماً هي تحديد التعويض بوجه مقطوع قاطع للنزاع ، ومانع مبدئياً من سماع الدعوى بالزيادة أو النقصان » . هذا ويصعب التوفيق ، في تقنين كالتقنين اللبناني يبيح للقاضي تخفيض الشرط الجزائي (ولو في صورة غرامة الإكراه) إذا وجد فاحشاً ، بين هذا المبدأ ومبدأ عدم اشتراط الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، فإنه إذا جاز تخفيض الشرط الجزائي حتى يجعل متناسباً مع الضرر ، فأولى ألا يستحق أصلاً إذا كان الضرر غير موجود . والقضاء الفرنسي لا يقع في هذا التعارض ، فهو لا يشترط إثبات الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، ولكنه في الوقت ذاته لا يميز تخفيض هذا الشرط ليكون متناسباً مع الضرر .

ونرى من نصوص التقنين المدني المصري سالفه الذكر أنه متى وجد الشرط الجزائي على النحو الذي بسطناه ، وأصبح مستحقاً ، لم يبق إلا القضاء به على المدين ، فانه تعويض مقدر ارتضاه مقدماً ، فالحكم عليه به حكم بما ارتضاه على نفسه . ولكن الشرط الجزائي لا يستحق إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر ، وقد مر القول فى ذلك . يبقى بعد هذا أن الشرط الجزائي — كما تقول المادتان ٢٢٤—٢٢٥ من التقنين المدني — قابل للتخفيض وقابل للزيادة . فنبحث متى يجوز تخفيضه ، ومتى يجوز زيادته .

المبحث الأول

متى يجوز تخفيض الشرط الجزائي

٤٩٣ — مآلناه : يتبين من نص الفقرة الثانية للمادة ٢٢٤ أنه يجوز للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي فى حالتين : (أولاهما) إذا نفذ المدين الالتزام الأصيل فى جزء منه . (والثانية) إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض فى الشرط الجزائي كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة .

٤٩٤ — تنفيذ الالتزام الأصيل فى جزء منه : يوضع الشرط الجزائي عادة لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أصلاً ، فاذا كان المدين قد قام بتنفيذ جزء من التزامه ، فان القاضي يكون قد احترم إرادة المتعاقدين إذا خفض الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من التزامه ^(١) . ويعتبر الأساس هو المبلغ

(١) استئناف أهلى ٤ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٨ ص ٣٣ — استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ — ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٤ — ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٧ — أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٥٠ — والتون ٢ ص ٤٠٦ — ص ٤٠٨ .

ويتفق فى هذا الحكم كل من التقنين المدني الجديد بنص صريح ، والتقنين المدني السابق بالتطبيق للقواعد العامة ، والتقنين المدني الفرنسى إذ نصت المادة ١٢٣١ من هذا التقنين على أن « الشرط الجزائي يجوز للقاضي تعديله إذا نفذ الالتزام الأصيل فى جزء منه » . وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ . ثم أنظر : نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩١ ص ٦٨٦ .

المقدر في الشرط الجزائي ، فيخفف هذا المبلغ إلى النسبة التي تتفق مع الجزء الباقي دون تنفيذ من الالتزام الأصلي (١) . ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي على المدين .

وقد يتفق الطرفان على استحقاق الشرط الجزائي إذا لم ينفذ المدين الالتزام الأصلي تنفيذاً سليماً ، سواء كان ذلك بأن لم ينفذه أصلاً أو نفذه تنفيذاً معيباً . وفي هذه الحالة يستحق الشرط الجزائي كله إذا كان هناك عيب في التنفيذ ، نزولاً على اتفاق الطرفين (٢) . ولكن إذا كان هذا العيب غير جسيم بحيث يكون الشرط الجزائي ، كتعويض عنه ، مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، جاز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي إلى الحد المناسب كما سئرى (٣) .

٤٩٥ — تقرير التعويض في الشرط الجزائي مبالغ فيه إلى درجة

كبيرة : وهنا نفرض أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه أصلاً ، أو تأخر في التنفيذ مدة استحق من أجلها التعويض المقدر في الشرط الجزائي ، فلا يوجد إذن سبب خارجي لتخفيض الشرط الجزائي كما كان الأمر في حالة التنفيذ الجزئي التي سبق ذكرها . فهل يجوز مع ذلك الخروج على الاتفاق وتخفيض الشرط الجزائي ؟ رأينا أن التقنين المدني الفرنسي (م ١١٥٢) يقضي بأنه « إذا ذكر في الاتفاق أن الطرف الذي يقصر في تنفيذه يدفع مبلغاً معيناً من النقود على سبيل التعويض ،

(١) ويطبق القضاء المصري هذا الحكم على الشرط الجزائي القاضي ، عند تأخر المدين في دفع الأقساط المستحقة ، بفسخ العقد وباعتبار ماسبق دفعه من الأقساط حقاً للدائن ، فيعتبر أن هناك تنفيذاً جزئياً للعقد يستوجب تخفيض الشرط الجزائي (استئناف مختلط ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٤ — ١٩ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٠٧ — أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٥٠) . ويؤخذ على هذا التطبيق أن الشرط الجزائي إنما اشترط هنا لعدم التنفيذ الجزئي لا لعدم التنفيذ الكلي ، وأن التخفيض إنما يجوز في هذه الحالة إذا كان الشرط الجزائي يصبح مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة بالنسبة إلى ما لم يتم تنفيذه من الالتزام .

(٢) قارب استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٩ — ولكن إذا وضع الشرط الجزائي لتأخر المدين في التنفيذ ، فإنه يصبح غير ذي موضوع إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أصلاً (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٦٢) .

(٣) أما في القانون الفرنسي فلا يجوز التخفيض حتى في هذه الحالة (قارب بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٥١ — ديموج ٦ فقرة ٤٨٩ ص ٥٢٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٠) .

فلا يجوز أن يعطى لتعويض الطرف الآخر مبلغ أكثر أو أقل . وقد طبق القضاء الفرنسى هذا النص تطبيقاً دقيقاً ، فهو لا يجيز تخفيض الشرط الجزائى أبداً كان تقدير التعويض ولو ثبت أنه مبالغ فيه إلى درجة كبيرة . ويبرر القضاء الفرنسى هذا الموقف بأن الفائدة المتوخاة من الشرط الجزائى إنما هي قطع السبيل على المدين فى الحاجة والجلد فى مقدار التعويض المستحق ، فقد اتفق مقدماً مع الدائن على تقديره ، فلا محل لإعادة النظر فيما تم الاتفاق عليه . وقد قدمنا أن القضاء الفرنسى يذهب إلى أبعد من ذلك ، فلا يشترط فى استحقاق الشرط الجزائى إثبات ضرر يلحق الدائن ، فوجود الشرط الجزائى يفترض أن هذا الضرر قد وقع فعلاً ، ولا يجوز إثبات عكس ذلك (١) . وغنى عن البيان أن الالتزام الأصيل إذا كان مبلغاً من النقود ، وكان الشرط الجزائى خاصاً بالتعويض عن تأخر المدين فى الوفاء بهذا الالتزام ، واتفق المتعاقدان على فوائد أكثر من الحد الأقصى الذى يسمح به القانون ، فإنه يجب فى هذه الحالة تخفيض الشرط الجزائى وإنزال الفوائد إلى الحد المسموح به (٢) .

وفى عهد التقنين المدنى المصرى السابق كان القضاء المختلط يذهب هو أيضاً ، كالقضاء الفرنسى ، إلى عدم جواز تخفيض الشرط الجزائى ولو بدا أن التقدير المتفق عليه فى هذا الشرط مبالغ فيه إلى درجة كبيرة (٣) ، وقد كان نص التقنين السابق صريحاً فى هذا المعنى كنص التقنين الفرنسى ، فقد رأينا أن المادة ١٢٣/١٨١

(١) وقد كان القانون الفرنسى القديم يجيز تخفيض الشرط الجزائى (بوتيه فى الالتزامات فقرة ٣٤٥) ، ولكن التقنين المدنى الفرنسى عدل ، بعد تردد أثناء مناقشة مشروع هذا التقنين فى مجلس الدولة ، عن تقاليد القانون الفرنسى القديم ، ولم يجز التخفيض حتى يجعل الشرط الجزائى يحقق الغرض المتوخى منه (بودرى وبارد ١ فقرة ٤٩٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٩ ص ٢٠٢ — ص ٢٠٣) .

(٢) وهذا الحكم واجب التطبيق فى مصر وفى فرنسا على حد سواء (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٨٤ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٤ — بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٥٢ — ديموج ٦ فقرة ٤٥٦ ص ٤٩٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨٢ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٩٣ — چوسران ٢ فقرة ٦٤٢) .

(٣) استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٠٨ — ٥ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٦ — ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ١٣٥ ص ٢٨٧ — ومع ذلك انظر العكس: استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٧٥ .

كانت تقضى بأنه «إذا كان مقدار التضمين في حالة عدم الوفاء مصرحاً به في العقد أو في القانون ، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر» . وقد استقر القضاء المختلط على هذا الرأي مذ قضت به محكمة الاستئناف المختلطة في دوائرها المجتمعة^(١) . أما القضاء الوطني فانه ، بعد تردد وتضارب في الأحكام ، استقر على جواز تخفيض الشرط الجزائي إذا اتضح أن تقدير التعويض في هذا الشرط كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، وذلك بالرغم من صراحة نص المادة ١٢٣ من التقنين المدني الوطني^(٢) .

(١) استئناف مختلط (الدوائر المجتمعة) ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥ — استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٦٧ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٧٥ — ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٤٢ ص ٥٣ — ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨١ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٢٣ — ٣١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٧٩ .

(٢) وقد كانت بعض أحكام القضاء الوطني تقضى بأن المادة ١٢٣ صريحة في وجوب القضاء بالشرط الجزائي على وجه الإطلاق ، فليس للمحاكم أن تحكم بأقل منه أو أكثر (استئناف أهل ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٥ ص ٦١ — ٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٩ ص ٢٣٨ — ٢٩ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٩٥ ص ١٤٩ — ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٧ ص ١٣) — وتقضى أحكام أخرى بأنه إذا تبين للمحكمة أن الشرط الجزائي المنصوص عنه في العقد مبالغ فيه ، فلها أن تعتبره شرطاً تهديدياً لا يلتفت إليه ، وأن ترجع في تقدير الضرر ، إن وجد ، إلى القواعد العامة (استئناف أهل ٤ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٨ ص ٣٣ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٣ ص ٩١) . ثم حسمت محكمة الاستئناف في دوائرها المجتمعة هذا الخلاف ، فقضت بأنه إذا ثبت لدى القاضي أن مقدار الشرط الجزائي جائر وغير مقبول وغير متناسب مع الضرر الذي حصل فعلاً للمتعهد إليه ، وبعبارة أخرى إذا تبين له أن الشرط الجزائي إنما هو في الواقع ونفس الأمر شرط تهديدي ليس إلا — وهذا أمر واقعي محض وخاص بكل قضية على حدتها — فإن له في مثل هذه الحالة فقط أن يمتنع عن التصديق على هذا التعويض الجائر ، وأن يقدره هو حسب ما يظهر له من ظروف وقائع الدعوى (٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٥٣ — المحاماة ٧ ص ٣٣١ — انظر أيضاً : استئناف مصر ٨ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ ص ١١١٨) . وبالرغم من حكم الدوائر المجتمعة صدر حكام بعد ذلك من محكمة استئناف مصر في يوم واحد عدلت فيهما عن هذا المبدأ ، فقضت بأن القانون أباح الشرط الجزائي لفائدتين : الأولى لإقفال باب المنازعة في أهمية الضرر ، والثانية إعفاء الدائن من إثبات تحقق الضرر . فاتفق الطرفان على التعويض ومقداره عند وقوع مخالفة يتضمن إقراراً بالضرر ، ويجب الأخذ بما تدون في الاتفاق لأنه ارتباط قانوني له قوته ، وهو شريعة المتعاقدين يقوم مقام القانون في بيان حقوق كل منهما وواجباته (٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٣٠٥) ، وبأن الاتفاق على تحديد مقدار التعويض في العقد في حالة عدم تنفيذ =

وقد جاء التقنين المدني الجديد مقنناً للقضاء الوطني في هذه المسألة ، فعدل من نص المادة ١٢٣/١٨١ من التقنين المدني السابق بأن نص في الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ ، كما رأينا ، على أنه «يجوز للقاضي أن يخفف هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة»^(١). والتقنين المدني الجديد ، في هذا الحكم الذي أورده من جواز تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، لا يقنن القضاء الوطني فحسب ، بل هو أيضاً يجارى نزعات التقنينات الحديثة ، فان التقنين المدني الألماني (م ٣٤٠ و ٣٤٣) وتقنين الالتزامات السويسري (م ١٦١ و ١٦٣) والتقنين المدني الإيطالي الحديث (م ١٣٨٤) تجيز كلها تعديل الشرط الجزائي نقصاً أو زيادة . وقد بررت محكمة الاستئناف الوطنية في دوائرها المجتمعة هذا الحكم بأن الشرط الجزائي ، إذا كان مبالغاً فيه ، يكون الطرفان على علم بهذه المبالغة ، بل يكونان قد قصدا إليها وجعلا الشرط الجزائي شرطاً تهديدياً لحمل المدين على عدم الإخلال بالتزامه . ومؤدى ذلك أن الشرط الجزائي المبالغ فيه ينطوي في الواقع من الأمر على عقوبة فرضها الدائن

= المتعهد معناه التسليم فعلا من المتعاقدين بأنهما يعتقدان أن عدم التنفيذ يترتب عليه ضرر حتماً ، وأن هذا الضرر يقدر بالمبلغ المتفق عليه ، لأنه لا يمكن الانتقال للتكلم عن مقدار التعويض إلا بعد الفراغ من مسألة استحقاقه واعتبارها مقطوعاً بها ، فلا يقبل بعد ذلك من المدين مطالبة الدائن بإثبات حصول الضرر ولا قيامه هو بإثبات عدم حصوله ، كما لا تقبل منه المناقشة في مقدار التعويض (٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٨٦٠ — وانظر أيضاً الموجز للمؤلف ص ٤٤٨ هامش رقم ٣) . ولكن محكمة النقض أيدت قضاء الدوائر المجتمعة في حكم لها صدر بعد نفاذ التقنين الجديد ، ولكن عن وقائع حدثت قبله ، إذ قضت بأنه متى كان يبين من الحكم أن المحكمة لم تأخذ بشرط التعويض الجزائي المتفق عليه بالعقد ، وقدرت التعويض الذي طلبت المطعون عليها عدم الحكم به على الطاعنين بمبلغ معين بناء على الاعتبارات التي استمدتها من واقع الأوراق المقدمة في الدعوى ، ورات معها أنه تعويض مناسب للضرر الذي لحق المطعون عليها ، فإن هذا الذي أخذت به المحكمة لا عيب فيه لدخوله في سلطتها الموضوعية واستقلالها بتقديره (نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٦ ص ٦٧٦ . وانظر أيضاً : نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩١ ص ٦٨٦) .

ونرى بما تقدم أن هناك تدرجاً في موقف كل من القضاء الفرنسي والقضاء المختلط والقضاء الوطني : فالقضاء الفرنسي لا يجيز تخفيض الشرط الجزائي بل ولا يشترط وقوع الضرر ، والقضاء المختلط لا يجيز تخفيض الشرط الجزائي ولكن يشترط وقوع الضرر ، والقضاء الوطني يشترط وقوع الضرر ويجيز تخفيض الشرط الجزائي في وقت واحد (الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٠ ص ٤٤٩) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .

على المدين ، فيكون باطلا ، ويعمد القاضى عند ذلك إلى تقدير التعويض وفقاً للقواعد العامة في تقدير التعويض بواسطة القاضى^(١) . ويمكن أن يضاف إلى هذا التبرير أن الشرط الجزائى لا يعرض إلا لتقدير التعويض المستحق ، فهو ليس سبباً في استحقاق التعويض ، بل يقتصر على مجرد تقديره مقدماً وفقاً لما قام أمام الطرفين وقت الاتفاق من اعتبارات وظروف . فاذا انضح بعد ذلك أن الضرر الذى وقع لم يكن بالمقدار الذى ظنه الطرفان قبل وقوعه ، وأن تقديرهما للتعويض عن هذا الضرر كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، فإن الأمر لا يخلو عندئذ من غلط في التقدير وقع فيه المتعاقدان أو ضغط وقع على المدين فقبل شرطاً يعلم مقدماً أنه مجحف به^(٢) ، وفي الحالتين يكون الواجب تخفيض الشرط الجزائى إلى الحد الذى يتناسب مع الضرر .

على أنه يلاحظ أن الشرط الجزائى ، بالرغم من عدم الحكم به عند انعدام وقوع الضرر أو تخفيضه إذا كان غير متناسب مع الضرر الذى وقع ، لا تزال فائدته محققة للدائن من وجوه ثلاثة .

(أولاً) إن وجود الشرط الجزائى يجعل ، كما قدمنا ، وقوع الضرر مفروضاً لا يكلف الدائن بآثباته . فاذا ادعى المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر ، فعليه هو لاعلى الدائن عبء الإثبات .

(ثانياً) إن وجود الشرط الجزائى يجعل من المفروض أن تقدير التعويض الوارد في هذا الشرط هو تقدير صحيح للضرر الذى وقع . فاذا ادعى المدين أنه تقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة ، فعليه هو لاعلى الدائن عبء الإثبات^(٣) .

(١) نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩١ ص ٦٨٦ ، وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم .

(٢) ويكون الشرط الجزائى في هذه الحالة شرطاً تهديدياً قبله المدين ، إما تحت تأثير الضغط وإما لإعتقاده أنه سيقوم حتماً بتنفيذ التزامه فلن يتعرض لتوقيع الشرط الجزائى عليه ، فقبوله للشرط الجزائى يكون إذن عن إكراه أو عن اندفاع وتسرع .

(٣) ويترك الأمر لتقدير قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض بأن إثبات حصول الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التى تقدرها محكمة الموضوع ، فإذا رأت محكمة الاستئناف أن ما وقع من المتعهد بتوريد الأغذية لأحد الملاجىء « هو أمر خطير فيه تعريض لصحة اللاجئين للخطر ، فضلاً عما فيه من إفساد للمستخدمين الموكل إليهم حمايتهم والمحافظة على سلامتهم » ، ثم رأت أن التعويض المشروط في عقد التوريد عن هذا الفعل متناسب وغير جائر ، فحكمت بإلزام المتعهد به ، فلا معقب على حكمها لمحكمة النقض (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤١ ص ١٢٣) .

(ثالثاً) ولا يكفي أن يثبت المدين أن التقدير الوارد في الشرط الجزائي يزيد على مقدار الضرر الذي وقع فعلاً . فإلم يثبت أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة ، فإن القاضي لا يخفض الشرط الجزائي حتى لو زاد التقدير الوارد فيه على الضرر زيادة غير كبيرة . وحتى إذا أثبت المدين أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة وخفض القاضي الشرط الجزائي ، فإن التخفيض يكون إلى حد يتناسب مع الضرر ولا يتحتم أن يكون مساوياً للضرر^(١) ، ومن ثم إذا وجد القاضي أمامه شرطاً جزائياً سخياً في التقدير ، كان هذا من شأنه أن يجعل سلطة القاضي التقديرية في حساب التعويض تسخو لمصلحة الدائن ، فيبقى غالباً في التعويض بعد تخفيضه سعة ينتفع هذا بها .

٤٩٦ — هذه الامطام تعتبر من النظام العام : والأحكام التي قدمناها — وقوع ضرر لاستحقاق الشرط الجزائي وجواز تخفيض هذا الشرط للتنفيذ الجزئي أو للمبالغة في التقدير — تعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٢٤ من التقنين المدني صراحة على ذلك إذ تقول : « ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين » . ومن ثم لا يجوز للطرفين أن يضيفا إلى الشرط الجزائي أنه واجب الدفع على كل حال ، حتى لو لم يقع ضرر أو قام المدين بتنفيذ الالتزام تنفيذاً جزئياً أو تبين أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة . ولو تم الاتفاق على ذلك ، كان هذا الاتفاق باطلا لمخالفته للنظام العام ، وجاز للقاضي بالرغم من وجوده ألا يحكم بأى تعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر ، وأن يخفض الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أنه قام بتنفيذ الالتزام تنفيذاً جزئياً أو أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة . فالقانون هنا يحمى المدين ، ويعتبر أن رضاه بمثل هذا الاتفاق أقرب إلى الإذعان منه إلى القبول .

(١) وقد رأينا في تاريخ نص المادة ٢٢٤ أن المشروع التمهيدى لهذه المادة كان يتضمن العبارة الآتية : « إذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحاً » ، فعدلت هذه العبارة في لجنة مجلس الشيوخ إلى العبارة التي استقرت في التقنين الجديد : « إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة » (انظر آنفاً فقرة ٩٢ في الهامش) . ولا يستفاد من هذا التعديل أنه يكتفى أن يكون التقدير أزيد من الضرر الحقيقي ، بل يجب أن يكون أزيد بكثير من هذا الضرر ، وإن لم يكن من الضروري أن يصل إلى درجة الفداحة والإرهاق .

المبحث الثاني

متى تجوز زيادة الشرط الجزائي

٤٩٧ — هاتناه : رأينا أن المادة ٢٢٥ تقضى بجواز زيادة الشرط الجزائي إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المقدّر وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً . كذلك لا يجوز — تطبيقاً للقواعد العامة — أن يجعل المدين من الشرط الجزائي تكتة للتحايل على قواعد التعديل الاتفاقى للمسئولية ، فبعض هذه القواعد يعتبر من النظام العام ولا تجوز مخالفته حتى تحت ستار الشرط الجزائي (١) .

ونستعرض كلا من هاتين الحالتين .

٤٩٨ — زيادة الضرر على التعويض المقدّر وفقدان تكب المدين

غشاً أو خطأ جسيماً : إذا تبين ، على العكس مما تقدم ، أن التعويض المقدّر ليس مبالغاً فيه بل هو أقل من الضرر الواقع ، فإن القاضى مع ذلك لا يزيده ليكون مساوياً للضرر ، بل يحكم به كما هو . ويكون الشرط الجزائي في هذه الحالة بمثابة تخفيف لمسئولية المدين ، والاتفاق على التخفيف من المسئولية أو الإعفاء منها جائز ، فقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ بجواز الاتفاق على إعفاء المدين

(١) وإذا اشترط الدائن ، إلى جانب الشرط الجزائي ، تعويضاً من نوع آخر ، بأن اشترط على المدين إذا لم يسلم له كذا قطاراً من القطن مثلاً وجب أن يدفع الفرق بين ثمن القطن وقت التنفيذ والتمن الذى اشترى به الدائن هذا القطن مع حساب المدين ، وهذا بالإضافة إلى شرط جزائي مقدّر ، لم يجوز للدائن أن يجمع بين التعويضين ، ولكن له أن يختار أحدهما (استئناف مخطوط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٩٤ — ٣١ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٦٤ — ١١ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣١ — أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٤) . على أنه يجوز الجمع بين التعويضين إذا كان كل تعويض يؤسس على ضرر غير الضرر الذى يؤسس عليه التعويض الآخر (استئناف مخطوط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ٩٢ ص ١٠٠ — ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٩٢) .

من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذه التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم^(١) .

ومعنى ذلك أنه إذا زاد الضرر على التعويض المقدر ، ولكن الدائن أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً ، فإن الشرط الجزائى الذى جاز أن يخفف من مسئولية المدين فى حالة الخطأ العادى لا يستطيع أن يخفف من مسئوليته فى حالتى الغش والخطأ الجسيم . وينبنى على ذلك أن القاضى يزيد فى مقدار التعويض حتى يصبح معادلاً للضرر الذى وقع ، ولا يمنع من ذلك أن التعويض مقدر فى الشرط الجزائى ، فإن الدائن فى اتفاه مع المدين على تقدير التعويض لم يدخل فى حسابه غش المدين أو خطؤه الجسيم ، ولا ينبغى أن يحسب هذا الحساب^(٢) .

على أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ تضيف إلى ما تقدم أنه يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه . وينبنى على ذلك أنه يجوز الاتفاق على شرط جزائى يقدر

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .
(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه متى ثبت أن الإخلال بالتعهد كان عن سوء قصد ، وجب تعويض الضرر دون التقيد بالشرط الجزائى ، لأن الملحوظ بين المتعاقدين عند تقديرهما التعويض بنفسهما تبادل حسن القصد بينهما ، فإذا انتفى ذلك وتبدلت النية ، وجب الرجوع إلى القاعدة العامة ، وهى التعويض عن الضرر مهما بلغت قيمته (٣٠ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٦٥) . انظر أيضاً بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٩ ص ٢٠٢ . وقد نصت المادة ٢٦٧ من تقنين الموجبات والعقود البنائى على « أن البند الجزائى صحيح معمول به ، وإن كان موازياً فى الواقع لبند ناف للتبعة ، وإنما تستثنى حالة الخداع الذى يرتكبه المديون » .

هذا ويلاحظ أن الشرط الجزائى يكون تطبيقه على الحالة التى نظر إليها المتعاقدان ، فالشرط الجزائى المتفق عليه فى حالة التأخر لا يسرى على حالة عدم التنفيذ ، فإن لم ينفذ المتعهد التزامه تقدر التعويضات طبقاً لمبادئ القانون العام (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٩ — ٢٣ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢١٥ — المنصورة الجزئية الأهلية ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ ص ٩٦) .

وغنى عن البيان أن الطرفين لا يستطيعان أن يضيفا إلى الشرط الجزائى أنه غير قابل للزيادة حتى فى حالة غش المدين أو خطئه الجسيم ، فإن هذا الاتفاق يعتبر مخالفاً للنظام العام ، ولا حاجة إلى نص خاص بهذه الحالة كالتص الذى سبق ذكره فى أحوال تخفيض الشرط الجزائى (م ٢٢٤ فقرة ٣) ، فإن نص المادة ٢١٧ فقرة ٢ كاف فى ذلك .

التعويض الذى يستحق من جراء تحقق مسئولية الأشخاص الذين يستخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه، ولا يجوز للقاضى زيادة هذا التعويض حتى لو جاوز الضرر المبلغ المقدر ووقع غش أو خطأ جسيم من الأشخاص الذين استخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه . ذلك أن الشرط الجزائى فى هذه الحالة يعتبر اتفاقاً على تخفيف المسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من تابعى المدين ، ومثل هذا الاتفاق جائز كما قدمنا .

٤٩٩ - الشرط الجزائى نحابل له إعفاء من المسئولية إعفاء يتعارض مع

مع النظام العام : وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢١٧ على أنه « يقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع » . ويتبين من ذلك أنه لا يجوز أن يتفق الطرفان على إعفاء المدين من مسئوليته التقصيرية ويكون هذا الاتفاق باطلا لو تم لتعارضه مع النظام العام .

وكما لا يستطيع الطرفان أن يبرما هذا الاتفاق بطريق مباشر ، كذلك لا يستطيعان إبرامه بطريق غير مباشر ، بأن يتفقا على شرط جزائى يكون من التفاهة بحيث يكون المقصود به أن يصل المدين إلى اشتراط إعفائه من مسئوليته التقصيرية^(١) . ففى هذه الحالة يكون الشرط الجزائى باطلا ، وللقاضى أن يحكم بتعويض أزيد بكثير من التقدير التافه الذى ورد فى الشرط الجزائى ، متوخياً فى ذلك تطبيق القواعد العامة فى التقدير القضائى للتعويض^(٢) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .

(٢) استئناف مخطوط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٧ - بلانيول وريبير وردوا أن

فقرة ٨٦٩ ص ٢٠٢ .

الفصل الثالث

التعويض القانوني أو الفوائد

(Les intérêts)

٥٠٠ — فـر يتكفل القانون بتحديد مقدار التعويض : قدمنا أن الأصل هو أن يقوم القاضي بتقدير التعويض وفقاً للقواعد التي بسطناها فيما تقدم. وقد يتفق المتعاقدان على تقدير التعويض مقدماً في شرط جزائي على النحو الذي سبق بيانه .

أما أن المشرع هو الذي يتكفل في نصوص تشريعية بتحديد مقدار التعويض، فهذا أمر ينبغي عدم الإقدام عليه إلا في حالات نادرة يقوم فيها مبرر قوى لمثل هذا الإجراء ، ويكون في هذا المبرر القوى ما يكافيء الضرر الذي ينجم عن انطواء نصوص تشريعية جامدة على مقادير معينة من التعويض ، في حالات متنوعة قد تختلف ظروفها ، وقد يتفاوت الضرر الذي يقع في كل حالة منها ، ومع ذلك يبقى مقدار التعويض عن هذا الضرر المتفاوت جامداً في النص لا يتغير .

ومن هذه الحالات النادرة التعويضات المقدرة التي حددها القانون في شأن إصابات العمل . فقد قضى قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠^(١) (وقد حل محل القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦) بأن لكل عامل أصيب بسبب العمل ، وفي أثناء تأديته ، الحق في الحصول من صاحب العمل على تعويض مقدر في هذا القانون بحسب جسامه الإصابة ، ولا يعني صاحب العمل من التعويض إلا إذا أثبت أن العامل قد تعمد إصابة نفسه أو أن الإصابة قد حدثت بسبب سلوك فاحش ومقصود

(١) وفي فرنسا توجد تشريعات مماثلة سبقت التشريعات المصرية ، من ذلك قانون ٩ أبريل سنة ١٨٩٨ الذي يقرر مقادير مقطوعة من التعويضات عن إصابات العمل ، تقوم على أساس أجر العامل ، وتفاوت بتفاوت جسامه الإصابة (انظر جوسران ٢ فقرة ٦٣٧) .

من جانب العامل^(١) . ومن هذه الحالات أيضا القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٠ بشأن التعويض عن أمراض المهنة ، وهو يلحق أمراض المهنة باصابات العمل من حيث إلزام صاحب العمل بتعويض مقدر عن هذه الأمراض دون حاجة إلى إثبات خطئه . ومن هذه الحالات كذلك القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٤ بشأن تعويض أفراد طاقم السفن التجارية ضد أخطار الحرب ، ويقضى على مالك السفينة ومجهزها ومستأجرها متضامنين بتعويض مقدر لمن يصاب بسبب أخطار الحرب من أفراد طاقم السفينة (الربان وضباط الملاحة والمهندسين البحريين والبحارة وغيرهم ممن يقوم بأى عمل فى السفينة) . ويلاحظ أن المبرر القوى فى هذه الحالات هو أن المشرع اختار أن يقيم المسؤولية فيها على فكرة تحمل التبعة (risque) ، والمسئولية على هذا الوجه أمر خطير لم ير المشرع أن يسير فى طريقه إلى النهاية، وآثر أن يتولى تحديد التعويض بمقادير معينة ضمنها نصوصا تشريعية، وأغفل فيها أن يكون مقدار التعويض مساويا للضرر ، بل جعلها مقادير مقطوعة تعوض عن بعض الضرر لا عن كله ، وذلك حتى لا يثقل عبء المسؤولية كاهل

(١) وبالمثل إذا أثبت العامل خطأ جسيما فى جانب رب العمل ، كان له أن يرجع عليه بتعويض كامل عن الضرر الذى أصابه ، ولو زاد على المقدار المقطوع المقرر فى القانون ، إذ لا يجوز إعفاء رب العمل إعفاء كلياً أو جزئياً من مسؤوليته عن الخطأ الجسيم . ويستوى فى تطبيق قانون إصابات العمل أن تنشأ الإصابة عن آلات العمل وأدواته أو تنشأ عن شيء آخر ، مادام العامل قد أصيب بسبب العمل وفى أثناء تأديته . وقد قضت محكمة النقض بأن المادة الثالثة من قانون إصابات العمل ، إذ نصت على أن لكل عامل أصيب بسبب العمل وفى أثناء تأديته الحق فى الحصول من صاحب العمل على تعويض عن إصابته ، قد جاء نصها عاما شاملا لأى من الحوادث يقع فيصيب العامل بسبب العمل وأثناء تأديته . وإذن ففى كان الحكم المطعون فيه قد قرر أن تطبيق هذه المادة والقضاء بالتعويض للعامل بموجبه مقصور على الحوادث التى تنشأ عن آلات العمل وأدواته ، فإن هذا الذى قرره غير صحيح فى القانون . وإذا كان خطأ رب العمل الذى نشأ عنه الحادث فاحشا ، فإنه يجوز للعامل المضرور التذرع بالقواعد العامة للمسئولية التقصيرية ، دون تقييد باللجوء إلى قانون إصابات العمل ، وذلك عملا بالمادة الرابعة منه . وإذن فإن الحكم ، وإن كان قد أخطأ فى فهم قانون إصابات العمل بما قرره من وجوب أن يكون الحادث قد نشأ من آلات العمل وأدواته ، إلا أن النعى عليه بهذا الفهم الخاطىء يكون غير منتج ، متى كان قد أقام قضاؤه على دعامة يستقيم بها ، وهى وقوع خطأ فاحش من جانب رب العمل يسوغ للعامل طلب تطبيق القواعد العامة للمسئولية التقصيرية (نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٢ ص ٢٤٩) .

من يحملها وهو إنما يساءل عن أحداث لا يد له فيها وحمله القانون مع ذلك تبعثها (١) .

٥٠١ — التعويض القانوني عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود :

وأهم حالة عمد فيها المشروع إلى التدخل وتكفل بتحديد مقدار التعويض في نصوص تشريعية هي حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، فإن التعويض الذي يجوز أن يرتبه القانون على هذا الالتزام — سواء كان تعويضاً عن التأخر في دفعه أو كان تعويضاً عن الانتفاع برأس المال (٢) — تحدده النصوص التشريعية في صورة فوائد (intérêts) ، ويتكفل القانون بتحديد مقدار هذه الفوائد . والسبب في ذلك كراهية تقليدية للربا ، لا في مصر فحسب ، ولا في البلاد الإسلامية وحدها ، بل في أكثر تشريعات العالم ، فالربا مكروه في كل البلاد وفي جميع العصور . ومن ثم لجأ المشرع إلى تحديده للتخفيف من رزاياءه ، وهذا هو المبرر القوي الذي حمل القانون في هذه الحالة على التدخل ، وتحديد التعويض تحديداً قانونياً في نصوص تشريعية (٣) .

وسنرى فيما يلي كيف كره المشرع المصري الربا ، فحدد لفوائد رؤوس الأموال ، تأخيرية كانت أو تعويضية ، سعراً قانونياً وسعراً اتفاقياً ، وكيف تشدد في مبدأ سريان هذه الفوائد فجعله عند عدم الاتفاق لامن وقت الإصدار بل من وقت المطالبة القضائية ، وكيف أجاز استرداد ما يدفع زائداً على السعر المقرر ، وكيف أعفى المدين في حالات معينة من دفع الفوائد حتى في الحدود التي قررها ، وكيف منع تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، وكيف وقف بمجموع

(١) انظر أيضاً التعويضات المقدرة في قانون العمل الفردي .

(٢) أما التعويض عن عدم التنفيذ فلا يتصور في الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، فإن التنفيذ العيني يكون دائماً مستطاعاً ، وقد مر القول في ذلك (انظر آنفاً فقرة ٤٢١ وفقرة ٤٥٩ في الهامش) .

(٣) ثم ان النقود يمكن عادة استغلالها بسعر ليس فيه كثير من التفاوت ، ومن ثم تيسر للمشرع أن يقرر سعراً للفائدة القانونية وحداً أقصى للفائدة الاتفاقية (انظر فقرة ٥٠٨ فيما يلي) .

الفوائد التي يتقاضاها الدائن عن أن تجاوز رأس المال ^(١) . في هذه وغيرها آيات على كراهية المشرع للربا ، وعلى الرغبة في التضييق منه حتى لا يستفحل فيرهق المدين ، وقد يؤذنه بالإفلاس والخراب .

ولعلاج هذا الموضوع نستعرض : (أولاً) شروط استحقاق الفوائد .
(ثانياً) مقدار الفوائد كما حددها القانون .

الفرع الأول

شروط استحقاق الفوائد

٥٠٢ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٢٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ، وكان معلوم المقدار وقت الطلب ، وتأخر المدين في الوفاء به ، كان ملزماً بأن يدفع للدائن ، على سبيل التعويض عن التأخر ، فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية . وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها . وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره » .

وتنص المادة ٢٢٧ على ما يأتي :

« ١ — يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد ، سواء أ كان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة . فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة ، وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر » .

(١) وقد زاد للتقنين الجديد على التقنين القديم في كراهية الربا : قزل بسعر الفوائد وكانت مرتفعة في التقنين القديم ، ومنع تقاضي فوائد على متجمل الفوائد وكان ذلك جائزاً ، وحدد مجموع الفوائد بما لا يزيد على رأس المال وكان هذا التحديد غير موجود ، وأعطى المدين في بعض حالات من دفع الفوائد حتى في الحدود التي قررهما ولم يعرف التقنين القديم هذا الإعفاء .

٢٥ - وكل عمولة أو منفعة ، أيا كان نوعها ، اشترطها الدائن ، إذا زادت هي والفائدة المنفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره ، تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض ، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة .

وتنص المادة ٢٢٨ على ما يأتي :

« لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٢٦ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة « وكان معلوم المقدار وقت الطلب » فقد ورد بدلا منها في المشروع التمهيدى عبارة « وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام » . وقد أقرت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدى ، وأصبح رقم المادة ٢٣٣ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ تناقش الأعضاء في تخفيض سعر الفائدة ، ثم استبقى السعر كما ورد في المشروع . واقترح حذف عبارة « كان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام » حتى تستحق الفوائد على المبالغ التى تم المطالبة بها أمام القضاء ولو لم يكن مقدارها معلوماً وقت رفع الدعوى كالتعويض عن عمل غير مشروع مثلاً (!) . ويستند الاقتراح إلى أن القيد ينافى قاعدة أن الأحكام مقررّة للحق ... وفيه حماية للمماطل وانتقاص لحق الدائن ... ولا يوجد له نظير في التشريع المقارن المشار إليه في المذكرة الإيضاحية . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن المقصود من اشتراط كون الالتزام معلوم المقدار منع سريان الفوائد على المبالغ التى يطالب الدائن بها على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع . والاستناد إلى قاعدة اعتبار الأحكام مقررّة غير وارد ، إذ يدخل التعويض القانونى عن التأخير في تقدير التعويض القضائى فلا يتأثر مركز الدائن من هذه الناحية . وقد يكون تقدير التعويض بطبيعته غير ميسور إلا بعد إجراءات طويلة ، فلا يكون للمدين يد في هذا التأخير ، وقد استقر القضاء على هذا الحكم دون نص . ولكن اللجنة رأت من جهة أخرى تعديل العبارة على النحو الآتى : « وكان معلوم المقدار وقت الطلب » ، لأن العبرة في تعيين المقدار بوقت المطالبة لا بوقت نشوء الالتزام . وأصبحت المادة رقمها ٢٢٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٦ وص ٥٧٨ - ص ٥٨٠) .

م ٢٢٧ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٥ من المشروع التمهيدى مقتصرأ على الفقرة الأولى منه دون الفقرة الثانية . وفي لجنة المراجعة أضيفت الفقرة الثانية وأصبح رقم المادة ٢٣٤ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « إذا ما ثبت أن » الواردة في الفقرة الثانية بعبارة « إذا ما أثبت المدين أن » ، وبذلك يكون تعيين من يحمل عبء الإثبات خاصاً للقواعد العامة . وأصبحت المادة رقمها ٢٢٧ . ووافق مجلس الشيوخ =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدنى السابق (المعدل بالمرسوم بقانون الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨) المواد ١٢٤-١٢٥/١٨٢-١٨٥ (١) .

— على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٢ و ص ٥٨٤ - ص ٥٨٦) .
م ٢٢٨، ورد هذا النص فى المادة ٣٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٣٥ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٧) .
(١) كانت المادة ١٨٢/١٢٤-١٨٤ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى :
« إذا كان المتعهد به عبارة عن مبلغ من الدراهم ، فتكون فوائده مستحقة من يوم المطالبة الرسمية فقط إذا لم يقض العقد أو الاصطلاح التجارى أو القانون فى أحوال مخصوصة بغير ذلك . وتكون الفوائد باعتبار خمسة فى المائة سنوياً فى المواد المدنية وستة فى المائة فى المواد التجارية ما لم يحصل الاتفاق على غير ذلك » . وكانت المادة ١٢٥/١٨٥ من نفس التقنين تجرى على الوجه الآتى : « لا يجوز مطلقاً أن يحصل الاتفاق بين المتعاقدين على فوائد تزيد على ثمانية فى المائة سنوياً . ويجوز تخفيض هذا الحد إلى سبعة فى المائة بمرسوم ، وفى هذه الحالة لا يطبق سعر الفائدة الجديد إلا بعد مضى ستة أشهر من تاريخ نشر المرسوم . ويجوز رد الحد المنخفض إلى أصله بنفس الشروط والأوضاع المذكورة . وكل اتفاق نص فيه على فائدة تزيد على هذا الحد تخفض بحكم القانون إلى الحد الأقصى للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها . وكل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشترطها المقرض ، إذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره ، تعتبر فائدة مستثناة وتكون قابلة للتخفيض إذا ما أثبت المقرض أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون المقرض قد أداها ولا نفقة مشروعة » .

وكان التقنين المدنى السابق فى مبدأ الأمر يجعل سعر الفائدة القانونية ٧٪ فى المواد المدنية و ٩٪ فى المواد التجارية . ثم عدل هذا السعر إلى ٥٪ و ٧٪ بالأمر العالى الصادر فى ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ . وبقى هذا الأمر العالى معمولاً به إلى أن صدر مرسوم بقانون فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ يجعل السعر ٥٪ و ٦٪ . ثم نزل السعر فى التقنين الجديد ، كما رأينا ، إلى ٤٪ و ٥٪ . وكان سعر الفائدة الاتفاقية فى مبدأ الأمر ، فى التقنين المدنى السابق ، ١٢٪ . ثم عدل بالأمر العالى الصادر فى ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ إلى ٩٪ ، دون أن يلاحظ فى هذا التعديل أن يعدل تبعاً لذلك نص المادة ٥٨٢/٤٧٨ ، فبقيت هذه المادة تنص على أن الفائدة الاتفاقية فى عارية الاستهلاك لا يجوز أن تزيد على ١٢٪ . ثم صدر المرسوم بقانون فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ يجعل السعر الاتفاقى للفائدة ٨٪ ويجوز تخفيضه بمرسوم إلى ٧٪ . وعدلت المادة ٥٨٢/٤٧٨ فى هذه المناسبة ، فأصبحت متشعبة مع المادة ١٢٥/١٨٥ . وأضاف المرسوم بقانون المذكور النص الآتى : « لا يسرى حد الفائدة التى يجوز الاتفاق عليها المقرر بهذا المرسوم بقانون أو بمقتضى أحكامه على الاتفاقات المعقودة قبل تاريخ العمل به أو قبل تاريخ العمل بالمرسوم المشار إليه فى المادة ١٢٥/١٨٥ » : أى المرسوم الذى يصدر مخفضاً الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية من ٨٪ إلى ٧٪ ثم قد يصدر بعد ذلك معيداً له إلى ٨٪ . ثم خفض التقنين الجديد الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية إلى ٧٪ كما رأينا .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٢٢٧-٢٢٩ ، وفي التقنين المدني العراقي المواد ١٧١-١٧٣ فقرة أولى و ١٧٦ ، وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢٢٩-٢٣١ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٢٦٥ فقرة أولى و ٧٦٧^(١) .

ويؤخذ من هذه النصوص أن هناك نوعين من الفوائد : (١) فوائد تأخيرية للتعويض عن التأخر في الوفاء بمبلغ من النقود . (٢) وفوائد تعويضية للتعويض

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٢٧-٢٢٩ (مطابقة لنص المواد ٢٢٦-٢٢٨ من التقنين المصري ، فيما عدا أن الحد الأقصى للسعر الاتفاق في التقنين السوري هو ٩٪)
التقنين المدني العراقي م ١٧١-١٧٣ فقرة أولى (مطابقة لنص المواد ٢٢٦-٢٢٨ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أن المادة ١٧١ عراقي تجعل معلومية المقدار وقت نشوء الالتزام ، وأن المادة ١٧٢ فقرة أولى عراقي أسقطت عبارة : « سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ») .

م ١٧٦ : في حساب الفوائد يكون التقويم الشمسي هو المعتمد . (وهذا يطابق الحكم في القانون المصري ، ويؤكد المسادة ٩ من التقنين المدني العراقي : انظر في عدم ضرورتها الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٧٢ ص ٦٧) .
التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٢٩-٢٣١ (مطابقة لنص المواد ٢٢٦-٢٢٨ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أن الحد الأقصى للسعر الاتفاق في التقنين الليبي هو ١٠٪) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٦٥ فقرة أولى : إذا كان موضوع الموجب مبلغاً من النقود ، فإن عوض التأخير يكون بأداء فائدة المبلغ المستحق محسوبة على المعدل القانوني ، ما لم يكن ثمة نص يخالف في العقد أو في القانون . (ملاحظة : جعل قانون المراجعة العثماني الصادر في ٩ رجب سنة ١٣٠٤-٢٢ مارس سنة ١٨٨٧- وهو المعمول به في لبنان ، سعر الفائدة للقانونية في المسائل المدنية ٩٪ . وجعل قانون التجارة اللبناني هذا السعر في المسائل التجارية ٩٪ أيضاً) .

م ٧٦٧ : إذا اشترط الفريقان أداء فائدة ولم يعينا معدلها ، وجب على المقترض أن يدفع الفائدة القانونية . وفي المواد المدنية يجب أن يعين خطأ معدل الفائدة المتفق عليها حينما يكون زائداً على الفائدة القانونية . وإذا لم يعين خطأ فلا تجب الفائدة إلا على المعدل القانوني .
(ملاحظة - يظهر من نص المادة ٧٦٧ من التقنين اللبناني أن هذا التقنين لا يشترط حداً أقصى لسعر الاتفاق ، ولكن انظر في القيود التي ترد على الفائدة الاتفاقية في لبنان الدكتور صبحي الحمصاني في آثار الالتزام في القانون اللبناني ص ٢٩ - ص ٣٠ - وفي لبنان يكن الإنذار الحظي لسريان الفوائد : الدكتور صبحي الحمصاني في آثار الالتزام في القانون اللبناني ص ٣٤) .

عن الانتفاع برؤوس الأموال . ولكل من هذين النوعين من الفوائد شروط استحقاق خاصة به . ثم إن هناك شروطاً عامة تحدد المنطقة التي تستحق في دائرتها الفوائد ، سواء كانت تأخيرية أو تعويضية . فنبدأ بهذه الشروط ، ثم نستعرض شروط استحقاق الفوائد التأخيرية ، فشروط استحقاق الفوائد التعويضية .

§ ١ — الشروط التي تحدد منطقة استحقاق الفوائد

٥٠٣ — **تحرير هذه المنطقة** : يمكن تحديدها بأنها المنطقة التي تنسحب لكل التزام بدفع مبلغ من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ، وهذا ما نص عليه التقنين المدني في صدر المادة ٢٢٦ كما رأينا .

فيجب إذن أن يكون هناك : (١) التزام بدفع مبلغ من النقود (٢) وهذا المبلغ معلوم المقدار وقت الطلب .

٥٠٤ — **الالتزام برفع مبلغ من النقود** : أى التزام بدفع مبلغ من النقود يدخل في منطقة استحقاق الفوائد . فالعبرة إذن بمحل الالتزام ، وما دام هذا المحل هو دفع مبلغ من النقود فمن الجائز أن تكون هناك فوائد مستحقة . ولا عبرة بمصدر الالتزام ، فقد يكون هذا المصدر عقداً ، وهو الغالب . مثل ذلك التزام المقرض برد النقود التي اقترضها ، والالتزام المشتري بدفع الثمن ، والالتزام المستأجر بدفع الأجرة إذا كانت نقوداً ، والالتزام الشريك بتقديم حصته في الشركة إذا كانت هذه الحصة مبلغاً من النقود . وقد يكون مصدر الالتزام غير العقد ، كالالتزام برد غير المستحق إذا كان ما دفع دون حق نقوداً ، والالتزام بدفع النفقة إذا قدرت مبلغاً من النقود كما هي العادة (١) .

(١) قارن دى باج ٣ فقرة ١٣٩ ، حيث يذهب إلى وجوب أن يكون محل الالتزام ابتداءً (initialement) هو مبلغ من النقود ، وهذا صحيح . ولكنه يخرج بهذا القيد الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، باعتبار أن التعويض هنا — وهو مبلغ من النقود — ليس إلا تنفيذاً بمقابل (exécution par équivalent) لالتزام أصلي هو الالتزام باتخاذ الحيلة الواجبة لعدم الأضرار بالغير ، وليس تنفيذاً عينياً لهذا الالتزام . فالنقود إذن ليست محل الالتزام ابتداءً (انظر أيضاً ديموج ٦ فقرة ٣٧١ ص ٤١٥) . وإذا كان صحيحاً أن النقود ، في التعويض =

٥٠٥ — معلوم القرار عند الطلب : والالتزام بدفع مبلغ من النقود

إما أن يكون معلوم المقدار وقت نشوئه ، وأما إلا يكون معلوم المقدار إلا وقت المطالبة به . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٢٦ يشترط أن يكون الالتزام معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام ، فكان هذا الشرط يخرج من منطقة استحقاق الفوائد الالتزام بالتعويض إذا كان ناشئاً عن عمل غير مشروع ، واقتراح في لجنة مجلس الشيوخ حذف هذا الشرط ، « ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن المقصود من اشتراط كون الالتزام معلوم المقدار منع سريان الفوائد على المبالغ التي يطالب الدائن بها على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع » . ولكن اللجنة مع ذلك عدلت الشرط ، فأصبح الواجب أن يكون الالتزام « معلوم المقدار وقت الطلب »^(١) . وهذا التعديل يفقد الشرط أهميته ، فكل التزام بدفع مبلغ من النقود يكون معلوم المقدار وقت أن يطالب به الدائن ولو كان غير خال من النزاع . ذلك أن الدائن يقدر حتماً عند المطالبة المبلغ الذي يطالب به ، سواء في ذلك الالتزام برد القرض أو الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، ويخضع تقديره في جميع الأحوال لحكم القاضي . لذلك لم يعد لاشتراط « معلومية المقدار عند الطلب » أهمية عملية ، مادام كل التزام بدفع مبلغ من النقود يعتبر مستوفياً لهذا الشرط ، وما دام الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، الذي أريد بوضع الشرط إخراجه ، هو أيضاً التزام « معلوم المقدار عند الطلب » .

= عن عمل غير مشروع ، ليست إلا تنفيذاً بمقابل لالتزام أصلي ، إلا أن هناك التزاماً آخر أنشأه القانون جزاء لهذا الالتزام الأصلي ، هو الالتزام بالتعويض عن العمل غير المشروع . وهذا الالتزام ، إذا قدر التعويض بمبلغ من النقود كما هو الغالب ، يكون محله إبتداء هو النقود . فهناك إذن التزامان : (١) التزام باتخاذ الحيلة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، ومحله ابتداء هو اتخاذ هذه الحيلة الواجبة ، فهو التزام بعمل ، والنقود بالنسبة إلى هذا الالتزام ليست إلا تنفيذاً بمقابل . (٢) التزام بالتعويض عن عمل غير مشروع أنشئ جزاء للالتزام الأول ، ومحله هذا الالتزام الثاني إبتداء هو دفع مبلغ من النقود . أما من وجهة نظر دي باج فيبدو أنه لا يوجد إلا التزام واحد ، هو الالتزام باتخاذ الحيلة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، والمحله الأصلي لهذا الالتزام هو اتخاذ هذه الحيلة ، فإذا ما أدخل المدين بالتزامه تبدل المحل وأصبح تعويضاً أى مبلغاً من النقود ، فيتغير محل الالتزام دون أن يتغير الالتزام ذاته . وسنعود إلى الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع فيما يلي :

(١) انظر آنفاً — في تاريخ نص المادة ٢٢٦ — فقرة ٥٠٢ في الهامش . وانظر مجموعة

ثم إنه لا ضير من إدخال الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع في منطقة استحقاق الفوائد ، لأن الذي يقع هو « أن القاضى يقدر مبلغاً من النقود تعويضاً عن الضرر ، ويدخل في تقديره النوعان من الضرر : الضرر الأصلي الناشئ عن خطأ المسئول ، والضرر الناشئ عن التأخير إلى يوم النطق بالحكم ، فيجمع التعويضين في مبلغ واحد ويبقى بعد ذلك التعويض عن التأخير منذ صدور الحكم ، ويحق للمضرور أن يطالب به بدعوى جديدة ، فيقضى له بالسعر القانونى للفوائد من وقت رفع الدعوى الجديدة وفقاً للقواعد العامة (١) . وقد يطلب المضرور في الدعوى الأصلية الحكم بفوائد مع مبلغ التعويض الأصلي ، فيقضى له بالسعر القانونى للفوائد من وقت صدور الحكم في الدعوى الأصلية ، ومن ثم لا يحتاج إلى رفع دعوى جديدة بفوائد التأخير (٢) .

وجملة القول إنه لا حاجة لقيد « معلومية المقدار وقت الطلب » ، فهو إما قيد صوري ، وإما قيد غير ضرورى . وتصبح منطقة استحقاق الفوائد تنسج لكل التزام بدفع مبلغ من النقود ، أياً كان مصدر هذا الالتزام (٣) .

(١) قارن الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٨٩ ، حيث يذهب ، في الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، إلى أنه « إذا صدر حكم القاضى بتحديد المبلغ الذى على المدين أدائه ، فإن الدائن يستحق فوائد التأخير بمجرد صدور حكم القاضى دون حاجة إلى مطالبة قضائية جديدة أو إنذار ، تطبيقاً للمادة ٢٢٠ ب » .

(٢) الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٣٨ ص ٩٦٣ وهامش رقم ١ — انظر أيضاً في استحقاق الفوائد التأخيرية عن مبلغ التعويض عن عمل غير مشروع منذ المطالبة القضائية : استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٤٦ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣١ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ ، وفي جواز أن يضيف القاضى إلى التعويض الأصلي تعويضاً تكميلياً عن التأخير : استئناف مختلط ٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣٥ — ١٨ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٨٠ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣١ . ومع ذلك انظر في أن التعويض عن حادث (عمل غير مشروع) تستحق عليه الفوائد من وقت وقوع هذا الحادث إذا رأى القاضى أن هذا ما يقتضيه التعويض الكامل عن الضرر : استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ ، وفي أن القاضى يقدر في بعض الحالات تعويضاً كافياً لتغطية الضرر من وقت وقوع الحادث إلى وقت الحكم : استئناف مختلط ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٦ — ٧ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩١ — ١٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٣٦ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٢ — ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٤٥ .

(٣) وفي قضية عرضت على محكمة النقض ، قامت الحكومة بتقوية جسر النيل وأخذت أترية لهذا الغرض من أرض الماطمون عليها ، فرفعت هذه قضية على الحكومة وطالبتها بتعويض =

والفوائد التي تستحق عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود هي ، كما قدمنا ، إما فوائد تأخيرية وإما فوائد تعويضية . فننتقل الآن إلى بيان شروط الاستحقاق في كل نوع من هذين .

= قدرته بمبلغ معين وأضافت المطالبة بفوائد عن هذا المبلغ بسعر ٥٪ . فحكم لها بذلك ، ابتدائياً واستثنائياً . قطعت الحكومة بالنقض . وقالت محكمة النقض في أسباب حكمها : « ومن حيث إن الطعن مبني على سبب واحد ، يتحصل في أن الحكم المطعون فيه إذ قضى بفوائد عن المبلغ المحكوم به قد خالف القانون ... وذلك أنه بمقتضى المادة ٢٢٦ مدني أن كل دين لا يكون معلوم المقدار عند الطلب لا يكون محلاً للقضاء بالفوائد عنه على سبيل التعويض عن التأخير في الوفاء به ، ولا يكون كذلك إلا من تاريخ الحكم باعتبار أن الحكم وحده هو الذي يحدد الالتزام . وواضح من وقائع الدعوى أن الوزارة كانت تنازع المطعون عليها في أحقيتها للمبلغ المطالب به كما نازعها في مقداره إن كان ثمة موجب للقضاء عليها بشيء ، ولم تكن الطاعنة تعلم إلى أن صدر الحكم النهائي مبلغ ما يتعين عليها دفعه ، والحكم هنا منتهى لا مقرر ، ومن ثم كان القضاء بالفوائد على خلاف ما يقضى به القانون ... ومن حيث إن سبب الطعن مردود بأن الحكم المطعون فيه إذ قضى بالفوائد القانونية عن المبلغ المحكوم به ابتداء من تاريخ المطالبة الرسمية عملاً بالمادة ١٢٤ مدني (قديم) المنطبقة على واقعة الدعوى أسس قضاءه على أن المبلغ المطالب به عبارة عن مبلغ من المال مستحق في ذمة المدعى عليها (الطاعنة) وإن اختلف في تقديره ، إلا أن هذا الحكم قد حسم الخلاف بتقدير مبلغ معين تكون ذمة المدعى عليها مشغولة به منذ مطالبتها رسمياً ، لأن الأحكام مفررة للحقوق وليست منسثة لها . وهذا الذي قرره الحكم لا خطأ فيه . ولا محل للتحدي بنص المادة ٢٢٦ مدني جديد لأنه تشريع مستحدث ليس له أثر رجعي فلا يسرى على واقعة الدعوى ، ومن ثم يتعين رفض الطعن » (نقض مدني ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦ ص ٧٢) . وقد كان يكنى محكمة النقض - في رأينا - أن تقف بأسباب حكمها عند القول بأن الحكم المطعون فيه لم يخطئ . إذ هو لم يخطئ فعلاً لا على مقتضى التقنين القديم ولا على مقتضى التقنين الجديد . وما دامت المدعية قد حددت التعويض الذي تطالب به مبلغاً معيناً من النقود ، فقد صار الالتزام الذي تطالب به التزاماً بدفع مبلغ من النقود « معلوم المقدار عند الطلب » ، على مقتضى التقنين الجديد ، وكان من حقها أن تطالب بفوائد تأخيرية عن هذا المبلغ تسرى من وقت المطالبة القضائية بها . وهذا ما فعلته ، فقضى لها به ابتدائياً واستثنائياً .

على أن محكمة النقض أخذت بالرأي الذي نذهب إليه ، في الالتزام بدفع مبلغ من النقود إذا كان مصدره ليس هو العمل غير المشروع ، بل أخذ غير المستحق . فقضت بأن الاحتجاج بأن المبالغ المحكوم على مصلحة الضرائب بردها لا تعتبر معلومة المقدار إلا من تاريخ الحكم النهائي بردها ، فيكون حكم التعويض المقضى به عن عمل غير مشروع (الذي لا يجوز الحكم بفوائد عنه من تاريخ المطالبة الرسمية عملاً بالمادة ٢٢٦ مدني) — هذا الاحتجاج مردود بأنه قياس مع الفارق . ذلك بأن سلطة محكمة الموضوع في تقدير التعويض تخولها أن تدخل في حسابها جميع عناصر الضرر ومنها طول أمد التقاضي ، مما يغني المدعى عن طلب فوائد التأخر عن دفع مبلغ التعويض ... ولكن هذا الاعتبار لا ينطبق على طلب الممول رد ما أخذه منه بغير حق ، ذلك أن =

§ ٢ - شروط استحقاق الفوائد التأخيرية

٥٠٦ - شروط المسؤولية عن التأخير في دفع مبلغ من النقود -

كيف هو : حتى تتحقق مسؤولية المدين بوجه عام ، وفقاً للقواعد العامة ، يجب أن يكون هناك خطأ في جانب المدين وضرر يلحق الدائن وعلاقة سببية تقوم بين الخطأ والضرر . يضاف إلى هذه الشروط الثلاثة ، ووفقاً للقواعد العامة أيضاً ، إعدار المدين . ونستعرض هذه الشروط الأربعة بالنسبة إلى مسؤولية المدين عن التأخر في الوفاء بمبلغ من النقود ، وسنراها تتحور عما كانت عليه في الأصل .

أما خطأ المدين في التأخر عن الوفاء بالمبلغ فهو عبارة عن التأخر في ذاته . ذلك أن التزام الوفاء بمبلغ من النقود في ميعاد معين هو التزام بتحقيق غاية ، لأنه التزام بنقل ملكية (obligation de donner) . فمجرد التأخر في الوفاء بالمبلغ عن الميعاد المعين هو الخطأ ، والخطأ هنا لا شيء غير ذلك . ومن ثم نستبدل بشرط الخطأ شرط التأخر في الوفاء (١) .

أما عن الضرر وعلاقة السببية ، فقد رأينا أن المادة ٢٢٨ مدني تنص على أنه « لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير » . فالقانون يفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس

= المطعون عليه قد حدد في عريضة دعواه منذ البداية المبلغ الذي طالب مصلحة الضرائب برده على أساس أنها أخذته منه بغير حق ، وليس من شأن المنازعة في استحقاق هذا المبلغ كله أو بعضه ما يصح معه القول بأنه غير معلوم المقدار وقت الطلب (نقض مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٢ ص ١٢٠١ - ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٧ ص ١٢٣٦ - ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٨ ص ٦٠٣) . ونلاحظ أن محكمة النقض تستطيع أن تتحدث عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود الناشئ عن عمل غير مشروع ، من حيث معلومية المقدار وقت الطلب ، على النحو الذي تحدثت به عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود الناشئ عن أخذ غير المستحق . ففي كليهما يحدد المدعي في عريضة دعواه منذ البداية المبلغ الذي يطالب به المدعي عليه ، « وليس من شأن المنازعة في استحقاق هذا المبلغ كله أو بعضه ما يصح معه القول بأنه غير معلوم المقدار وقت الطلب » .

(١) قارن كولان وكاييتان ومورانديير ٢ فقرة ١٦٨ حيث ييدر أن الخطأ يختلط بعلاقة السببية ، وحيث لا يتبين أن الالتزام بدفع مبلغ من النقود هو التزام بتحقيق غاية مجرد التأخر في تنفيذه يكون خطأ .

أن مجرد تأخر المدين عن الوفاء بالمبلغ من النقود الذى فى ذمته يحدث ضرراً للدائن . فلا الدائن فى حاجة إلى إثبات هذا الضرر ، ولا المدين يستطيع أن ينفي وقوعه . ويفرض القانون كذلك ، فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، أن هذا الضرر هو النتيجة المباشرة لخطأ المدين وهو تأخره فى الوفاء . فعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر هى أيضاً - كالضرر - مفروضة فرضاً غير قابل لإثبات العكس (١) . والسبب فى افتراض الضرر وعلاقة السببية معقول . فالدائن الذى لم يستوف المبلغ من النقود الذى له فى ذمة مدينه فى الميعاد الواجب يكون حتماً فى أحد موقفين . فاما أن يكون فى حاجة إلى هذه النقود ، فهو إذن مضطر أن يقترضها متربصاً فى سداد القرض وفاء مدينه بالتزامه ، وعندئذ يكون قد أصابته خسارة من جراء تأخر المدين هى الفوائد التى يدفعها عادة لاقتراض المبلغ ، ومن ثم كان له أن يسترد هذه الفوائد من المدين على سبيل التعويض . وإما أن يكون فى غير حاجة إلى النقود ، ولكن النقود يمكن عادة استغلالها ، فلو أن المدين وفى بالتزامه فى الميعاد لكان فى مكنة الدائن أن يستغل نقوده ، وعندئذ يكون قد فاته ربح من جراء تأخر المدين ، فقد كان يربح الفوائد التى يتقاضاها عادة فى استغلال المبلغ ، ومن ثم كان له هنا أيضاً أن يسترد هذه الفوائد من المدين على سبيل التعويض . ويتبين من ذلك أنه لاجابة إلى استبقاء هذين الشرطين - الضرر وعلاقة السببية - ضمن شروط مسئولية المدين عن التأخر فى الوفاء بالمبلغ من النقود ، ما دام القانون يفترض تحققهما افتراضاً لا يقبل فيه إثبات العكس . أما إعدار المدين ، وهو الشرط الرابع ، فيتطور هنا أيضاً ، بل يتشدد القانون فيه فيستبدل به ، كقاعدة عامة ، المطالبة القضائية .

ونرى من ذلك أن الشروط الأربعة قد تحولت فيما يتعلق بالمسئولية عن التأخر فى دفع مبلغ من النقود ، وأصبحت تنحصر فى شرطين اثنين لا بد من توافرها

(١) وقد كان هذا هو الحكم أيضاً فى عهد التقنين المدنى السابق دون أن يشتمل هذا التقنين على نص صريح فى هذا المعنى (الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٢ ص ٤٥٠ - استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٨٨٠ بوريللى م ١٨٢ فقرة ٩ - ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٠٠) . وهذا هو أيضاً حكم التقنين المدنى الفرنسى (م ١١٥٣ فقرة ٢ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٧) .

لاستحقاق الفوائد التأخيرية : (١) تأخر المدين في الوفاء بالتزامه (٢) مطالبة الدائن بهذه الفوائد مطالبة قضائية . ونستعرض الآن كلا من هذين الشرطين .

٥٠٧ — تأخر المدين في الوفاء بالتزامه : يكفي أن يتأخر المدين

في الوفاء بالتزامه بدفع مبلغ من النقود عن ميعاد الاستحقاق ، حتى تستحق الفوائد التأخيرية بالسعر الذي يقرره القانون . وهذا السعر قد يكون متفقاً عليه من قبل ما بين الدائن والمدين ، وله حد أقصى بينه القانون وسيأتي ذكره . ويغلب أن يقع هذا الاتفاق عندما يكون مصدر الالتزام هو العقد ، فيكون الاتفاق على سعر الفوائد التأخيرية ضمن شروط هذا العقد . ويسمى سعر الفائدة في هذه الحالة بالسعر الاتفاقي (taux conventionnel d'intérêts) . ولا مانع من أن يتم الاتفاق على سعر الفوائد الاتفاقية في غير العقد الذي أنشأ الالتزام بدفع المبلغ من النقود ، بل في خصوص التزام بدفع مبلغ من النقود لا يكون مصدره العقد . فاذا لم يكن هناك سعر للفوائد التأخيرية متفق عليه ما بين الدائن والمدين ، فإن السعر الذي يسرى في هذه الحالة هو السعر القانوني (taux légal d'intérêts) ، وهو سعر حدده القانون برقم ثابت سيأتي ذكره . ومن ذلك نرى أن فوائد التأخر في الوفاء بمبلغ من النقود إما أن تكون فوائد اتفاقية أو فوائد قانونية ، وهي في الحالتين فوائد تأخيرية (intérêts moratoires) .

وهذه الفوائد التأخيرية إنما هي « على سبيل التعويض عن التأخر » كما تقول المادة ٢٢٦ ، فهي تعويض الضرر الذي يفرض القانون وقوعه كنتيجة مباشرة لتأخر المدين عن الوفاء بالتزامه . أما إذا أثبت الدائن أن هناك ضرراً لحق به بسبب خطأ آخر للمدين مستقل عن تأخره ، كان للدائن حق المطالبة بتعويض تكميلي بالشروط التي سنبينها فيما بعد (م ٢٣١ مدني) .

وقد يلحق الدائن ضرر ، كنتيجة مباشرة لتأخر المدين عن الوفاء بدفع مبلغ من النقد الأجنبي نزل سعره ما بين يوم الاستحقاق ويوم الدفع الفعلي . ويقضى المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ بأن « تبطل شروط الدفع ذهباً في العقود التي يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية والتي تكون قد قومت بالجنهات المصرية أو الاسترلينية أو بنقد أجنبي آخر كان متداولاً قانوناً في مصر (الفرنك والجنيه التركي) ، ولا يترتب عليها أى أثر » . وكانت محكمة الاستئناف المختلطة

قد قضت بأنه مادام شرط الذهب المتفق عليه في عقد قرض باطلاً، فإنه لا يجوز للدائن أن يطالب على أساس المسئولية التقصيرية وبدعوى الغش بمبلغ يساوى ماخسره من جراء نزول الجنيه المصرى ، فان ذلك يكون تحايلاً منه للحصول بطريق غير مباشر على ما لم يستطع الحصول عليه بطريق مباشر بمقتضى شرط الذهب^(١) . ولكنها قضت في أحكام أخرى بأنه إذا اشترط أن يكون الدفع بعملة أجنبية صبح الشرط، ووجب الدفع بهذه العملة^(٢) . فاذا صبح شرط الدفع بعملة أجنبية ، وتأخر المدين عن الوفاء بالتزامه مدة من الزمن نزلت في خلالها قيمة هذه العملة الأجنبية ، فان الضرر الذى أصاب الدائن من هذا النزول لا يعتبر ضرراً راجعاً إلى سبب مستقل عن التأخر في الوفاء ، ومن ثم يدخل تعويضه ضمن الفوائد التأخيرية بالسعر القانونى أو بالسعر الاتفاقى ، ولا يستطيع الدائن أن يطالب عنه بتعويض تكميلى إلا إذا أثبت أنه ضرر تسبب فيه المدين بسوء نية ، وذلك وفقاً لحكم المادة ٢٣١ مدنى التى سيأتى ذكرها^(٣) .

على أن القانون قد ينص في حالات خاصة على دفع تعويض تكميلى بالإضافة إلى الفوائد التأخيرية . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٥١٠ مدنى من أنه « إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبلغاً من النقود، ولم يقدم هذا المبلغ ، لزمته فوائده من وقت استحقاقه من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعداء ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلى عند الاقتضاء^(٤) » .

(١) ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٠٣ .

(٢) ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٤٢ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣ — انظر في هذه المسألة الوسيط الجزء الأول فقرة ٢٢٦ ص ٣٩٦ وهامش رقم ١ .
(٣) وذلك إلا إذا قيل أن الدائن يستوفى حقه بقيمة العملة الأجنبية وقت حلول الدين لا وقت الوفاء الفعلى — انظر في هذه المسألة في القانون الفرنسى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨٠ ، وفي القانون البلجيكي دى باج ٣ فقرة ١٤١ مكررة .

(٤) انظر في هذا المعنى المادة ٤٢٦/٥١٨-٥١٩ من التقنين المدنى السابق والمادة ١٨٤٦ من التقنين المدنى الفرنسى . وانظر : استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٩٠ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٥ . وانظر أيضاً المادة ١٨٠ من التقنين التجارى (المواد ١٦٣-١٦٥ تجارى فرنسى) في كميالة الرجوع ، وهى كميالة جديدة يسحبها حامل الكميالة الأصلية على صاحبها أو أحد المحيلين ليحصل بها على قيمة تلك الكميالة الأصلية الممول عنها البروتستو والفوائد وكذلك المصاريف . وانظر في التعويضات عن فسخ البيع بسبب استحقاق المبيع =

٥٠٨ - مطالبة الدائن بالفوائد التأخيرية مطالبة قضائية : والشرط

الثاني لاستحقاق الفوائد التأخيرية هو أن يطالب الدائن المدين بهذه الفوائد مطالبة

= وعدم التقيد بالفوائد القانونية في هذه الحالة نقض مدني ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ ملحق بمجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٥٤ . وقد قضت المادة ٢٠٢٨ من التقنين المدني الفرنسي برجوع الكفيل على المدين بفوائد ما دفعه للدائن وبتعويض فوق ذلك (بودري وبارد ١ فقرة ٤٩٩ - فقرة ٥٠٢ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨١ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٨٩) ، أما المادة ٨٠٠ فقرة ٣ من التقنين المدني المصري فتقضي بأن يكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع (انظر في التقنين المدني السابق والتون ٢ ص ٢٥٥ - ص ٢٥٦) . هذا ويلاحظ أن القضاء الفرنسي لا يحكم بفوائد تأخيرية على خزانة الدولة ولاها . فلو تأخر مول في الوفاء بالضريبة دفعها دون أن يدفع فوائد تأخيرية ، وكذلك لو دفع مبلغاً أكبر من الضريبة المستحقة استرد ما دفعه زائداً دون فوائد تأخيرية . والسبب في ذلك أن الدولة في حساباتها وميزانياتها تخضع لنظم غير النظم التي تخضع لها الأفراد (انظر في هذه المسألة بودري وبارد ١ فقرة ٥٠٩ - فقرة ٥١٠ - ديموج ٦ فقرة ٣٧٣) .

أما في مصر فقد صدر القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ ، وهو يقضي بعدم جواز مطالبة مصلحة الضرائب بالفوائد عن المبالغ التي يحكم عليها بردها للمولين . وقد أخذت محكمة النقض بعكس هذا الحكم فيما يتعلق بالفوائد المستحقة عن المدة السابقة على تاريخ العمل بهذا القانون ، إذ قضت بأنه ما لم يوجد نص صريح يعفى مصلحة الضرائب من الفوائد القانونية المطلوبة منها من المبالغ المحكوم عليها بردها لتحصيلها من المولين بغير حق ، لا يجوز رفض طلب هذه الفوائد بحجة أن المصلحة المذكورة في تحصيلها الضرائب من المولين إنما تبأثر سلطة عامة مقرر لها بمقتضى القانون ، وتطبق نصوصاً من مقتضاها أن يكون تحصيل الضرائب بموجب أوامر واجبة التنفيذ ، وأنه لا يترتب على رفع الدعوى بها من المصلحة أو من الممول إيقاف استحقاقها إلا إذا صدر فيها حكم من المحكمة ، ومن ثم لا تسرى عليها أحكام القانون المدني ، بل تنطبق عليها أحكام القانون العام وهي لا تجيز مطالبة مصلحة الضرائب بالفوائد القانونية - ذلك بأن هذه الحجة مردودة بأن النصوص المشار إليها لا تعفى مصلحة الضرائب من الحكم عليها بالفوائد القانونية من تاريخ المطالبة عن كل مبلغ يقضى عليها برده للممول تعويضاً له عن حرمانه من الانتفاع بما أخذ منه بغير حق من تاريخ رفع دعواه حتى يوفى له حقه كاملاً . ولا عبرة في هذا الخصوص بحسن نية المصلحة عند جباية الضريبة متى كان قد ثبت للمحكمة أنها حصلت من الممول أكثر من استحقاقها ، وبذلك أصبح مركزها في هذا الشأن لا يختلف عن أي مدين... أما التحدي بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ المعدل للمادة ١٠١ التي تنص بعد تعديلها على عدم جواز مطالبة مصلحة الضرائب بفوائد عن المبالغ التي يحكم عليها بردها للمولين فردود بأنه تشريع مستحدث ليس له أثر رجعي ، فلا يسرى على الفوائد القانونية المستحقة عن مدة سابقة على تاريخ العمل به ، بل يسرى فقط على الفوائد المطلوبة عن مدة تالية لنفاذه ، ومن ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ إلى تاريخ العمل بهذا التشريع تكون الفوائد القانونية المستحقة على مصلحة الضرائب هي ٤٪ لا ٥٪ (نقض مدني =

قضائية^(١) (demande, citation en justice) . فلا يكفي مجرد إعدار المدين كما كان ذلك يكفي في التعويض عن التأخير في غير الفوائد التأخيرية^(٢) . وهذا ما يقضى به صريح نص المادة ٢٢٦ إذ تقول : « وتسرى هذه الفوائد (الفوائد التأخيرية) من تاريخ المطالبة القضائية بها ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخاً آخر لسريانها . وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره^(٣) » .

= ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٢ ص ١٢٠١ — ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٧ ص ١٢٣٦ — ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٨ ص ٦٠٣ — ٢٠ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٦٧ ص ٥٣٢ .
(١) استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٣ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٨ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١١٠ — ١١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٥ .

(٣) وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في عهد التقنين المدنى السابق بنص صريح (م ١٢٤/١٨٢ — ١٨٤) : استئناف أهلى ١١ مارس سنة ١٨٩٧ القضاء ٤ ص ٣٢٩ — ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ١٦٧ — وقارن : ١١ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤٤ ص ٧٤٣ — استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٥ . وتعتبر مطالبة قضائية الطلبات الإضافية ودعاوى المدعى عليه والتدخل في الدعوى وإدخال خصم ثالث فيها (استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٨٣) . وإذا كانت صحيفة الدعوى باطلة ، فإن الفوائد التأخيرية لا تسرى (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٣٤ — المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤) . كذلك إذا سقطت الخصومة أو تركت (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٠ — وتبقى الفوائد سارية ما دامت صحيفة الدعوى قائمة : استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٣) . وإذا رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة فالغالب عند القضاء المصرى أن الفوائد لا تسرى (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١١ ص ١٢ — ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٨ — ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٧ — ١٠ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٨٣ — أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٥٢) ، ولكن قضى مع ذلك بأن رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة ، كما يقطع التقادم ، يجعل الفوائد تسرى (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٣٤) . والقضاء الفرنسى كان مستقراً على عدم سريان الفوائد عند رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة وذلك عندما كان التقنين المدنى الفرنسى (م ١١٥٣) يشترط كالتقنين المصرى المطالبة القضائية لسريان الفوائد ، ولكن بعد أن عدل التقنين الفرنسى في هذه المسألة بقانون ٧ أبريل سنة ١٩٠٠ فأصبح الإعدار كافياً لسريان الفوائد ، أصبح طبعياً أن يذهب القضاء الفرنسى إلى أن صحيفة الدعوى المرفوعة إلى محكمة غير مختصة تعدل الإعدار وتجعل الفوائد تسرى (بودرى وبارد ١ فقرة ٥١١ — فقرة ٥١٥ — ديموج ٦ فقرة ٣٨٣ — فقرة ٣٩٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨٣ — فقرة ٨٨٦) .

ولا يكفي أن يطالب الدائن المدين بالدين وحده مطالبة قضائية حتى تسرى الفوائد التأخيرية من وقت هذه المطالبة . فالنص صريح في وجوب المطالبة بالفوائد التأخيرية ذاتها بالإضافة إلى الدين ذاته . وقد كانت هذه المسألة مختلفاً فيها في عهد التقنين المدني السابق لعدم ورود نص صريح في ذلك^(١)، وقد ورد هذا النص في التقنين المدني الجديد فحسم الخلاف في ذلك^(٢) .

وقد تشدد القانون في تحديد مبدأ سريان الفوائد التأخيرية ، فجعلها من وقت المطالبة القضائية لا من وقت الإعذار، واشترط أن تتضمنها هذه المطالبة ، وذلك تنكراً منه للربا كما سبق القول .

على أن هذا الحكم ليس من النظام العام . فيجوز للطرفين أن يتفقا على

= ولا يكفي لسريان الفوائد التأخيرية التنبيه (commandement) : استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٣٨ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧٤ — ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٧ — ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٧٦، ولا حجزاً للمدين لدى الغير إذا لم يعقبه طلب صحة الحجز (استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٦٥)، ولا طلب تقدير الأتعاب، أو إعلان أمر التقدير مع التنبيه بدفع الأصل مع الفوائد (استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٤٢ — ١٦ يونيو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٧٢ — اسكندرية الكلية المختلطة ٢٢ مايو سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ١٦١ ص ٤١١) . ولكن تستحق الفوائد منذ طلب الدخول في التوزيع أو في التفليسة (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٢٥ — ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٨٥ — ١٤ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٦٥) .

(١) فن الأحكام ما كان يكفي بالمطالبة القضائية برأس المال فتسرى الفوائد التأخيرية من وقت هذه المطالبة ولو لم تتضمن ذكر هذه الفوائد (استئناف مصر ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٨٧٨ — أول يونيو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ٥٢٩ ص ١٤١٢ — إسنا ٢١ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٥٨٧ — طنطا الكلية ١٣ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٨ رقم ١٢٧ ص ٢٤١ — محكمة مصر المختلطة ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جورنال دي تربينو ٩ رقم ١١١٤ — قارن استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٣ — ١٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٠٥) . ومنها ما كان يذهب إلى وجوب المطالبة القضائية بالفوائد التأخيرية ذاتها ولا تكفي المطالبة برأس المال (استئناف أهل ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٣٠٤ — استئناف أسبوط ٩ يونيو سنة ١٩٤٩ المجموعة الرسمية ٥٠ ص ٢١١ — بنى سويف ٣ فبراير سنة ١٩٢١ المحاماة ١ ص ٤٨٢ — جرجا ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ٩٠٦ — استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٩ — ١٤ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٢٢ — ١١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١٨) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤ .

(٥٧ الوسيط — ج ٢)

خلافه ، وعلى أن تسرى الفوائد التأخيرية من وقت الإعذار مثلاً ، أو حتى من حلول أجل الدين دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إلى إعذار^(١). وهذا هو ما يقع عادة عندما يتفق الطرفان على سعر اتفاقى للفوائد التأخيرية ، فإن الدائن يشترط على المدين أن تسرى هذه الفوائد بالسعر الاتفاقي من وقت حلول الدين دون حاجة إلى أى إجراء . ولذلك يكاد يكون شرط المطالبة القضائية بالفوائد التأخيرية مقصوراً على الفوائد التأخيرية بالسعر القانوني ، حيث لا يوجد اتفاق ما بين الدائن والمدين على سعر هذه الفوائد ، فيجب لسرياتها في الأصل أن يطالب بها الدائن مطالبة قضائية .

كذلك قد يحدد العرف التجارى ميعاداً آخر غير وقت المطالبة القضائية لسريان الفوائد التأخيرية . مثل ذلك الحساب الجارى ، ففسرى أن الفوائد تسرى فيه من وقت الخصم أو الإضافة ، دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعذار^(٢) . وقد ينص القانون فى حالات خاصة على أن الفوائد التأخيرية تسرى من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية ، ففسرى مثلاً من وقت إعذار المدين ، أو من وقت حلول أجل الدين ، أو من وقت القيام بعمل معين . من ذلك ما قضت به الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ مدنى من أنه « لاحق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري ، أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » . فهنا تسرى الفوائد التأخيرية من وقت إعذار المشتري أو من وقت تسليم المبيع إذا كان ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى^(٣) . ومن ذلك ما قضت به المادة ٥١٠

(١) استئناف أهل ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٧ ص ١٢ — استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٥٧ — ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٤ رقم ٧٨ ص ١٩٧ — وقارن استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٠٠٣ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤ .
(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المادة ٣٣٠ مدنى (٤٥٨ جديد) تجعل للبائع الذى سلم العين ولم يتسلم الثمن الحق فى الفوائد إذا كانت العين المبيعة تفتج ثمرات ، والحكمة فى ذلك هو اجتماع المثلين فى يد أحد المتعاقدين ، وهذه الحكمة نفسها متوافرة فى حالة ما إذا كان المشتري دفع الثمن ولم يتسلم العين فيكون له الحق فى الفوائد ، وذلك بطريق التفسير العكسى مادة (١٠ يونيو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٣٥٢/٢ ص ٦٧٩) .

مدنى من أنه « إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبلغاً من النقود ولم يقدم هذا المبلغ ، لزمته فوائده من وقت استحقاقه ، من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعدار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلي عند الاقتضاء » . فهنا أيضاً تسرى الفوائد التأخيرية من وقت استحقاق الدين . ومن ذلك ما قضت به المادة ٥٢٢ مدنى من أنه « ١ - إذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغاً من مال الشركة ، لزمته فوائده هذا المبلغ من يوم احتجازه ، بغير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعدار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق للشركة من تعويض تكميلي عند الاقتضاء . ٢ - وإذا أمد الشريك الشركة من ماله ، أو أنفق في مصلحتها شيئاً من المصروفات النافعة عن حسن نية وتبصر ، وجبت له على الشركة فوائده هذه المبالغ من يوم دفعها » . فهنا تسرى الفوائد التأخيرية لمصلحة الشركة من يوم أخذ الشريك مال الشركة أو احتجازه ، ولمصلحة الشريك من يوم مده الشركة بالمال أو إنفاق المصروفات النافعة . ومن ذلك ما قضت به المادة ٧٠٦ مدنى من أنه « ١ - ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه . ٢ - وعليه فوائده المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضاً فوائده ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر » . فهنا تسرى الفوائد التأخيرية في إحدى حالتين من الوقت الذي استخدم فيه الوكيل مال الموكل لصالحه ، وفي حالة أخرى من وقت الإعدار . ومن ذلك ما قضت به المادة ٧١٠ من أنه « على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق ... » . فهنا تسرى الفوائد التأخيرية من وقت إنفاق الوكيل ماله في تنفيذ الوكالة . وكالوكالة الفضالة ، فيكون « رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه ، وأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها » (م ١٩٥ مدنى) . ومن ذلك أخيراً ما قضت به الفقرة الثالثة من المادة ٨٠٠ من أنه يكون « للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه من يوم الدفع » (١) .

(١) وهذه النصوص سبق أن أوردنا كثيراً منها عند الكلام في الإعدار أمثلة على حالات لا يقتضى فيها القانون الإعدار لاستحقاق التعويض عن التأخير ، وليست الفوائد التأخيرية =

§ ٣ - شروط استحقاق الفوائد التعويضية

٥٠٩ - **منطقة الفوائد التعويضية** : تختلف الفوائد التعويضية عن الفوائد التأخيرية ، كما قدمنا ، في أن الأولى يلتزم بها المدين في مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود يكون في ذمته للدائن ، أما الفوائد التأخيرية فهي ليست إلا تعويضاً عن التأخير في الوفاء بدين هو مبلغ من النقود كما مر القول .

وأكثر ما تكون الفوائد التعويضية في التزام بدفع مبلغ من النقود يكون مصدره العقد . والمثل المألوف في ذلك هو عقد القرض . فالمقرض ينتفع بمبلغ القرض عادة في مقابل فائدة يدفعها للمقرض . وقد تجب الفوائد التعويضية في عقد البيع ، بأن يتفق المشتري مع البائع على تأجيل الثمن إلى ميعاد معين في مقابل أن يدفع المشتري فوائد عن هذا الثمن ، فتكون الفوائد هنا في تأجيل الثمن وليست فوائد تأخيرية . فإذا حل ميعاد دفع الثمن وتأخر المشتري في الوفاء ، بقيت الفوائد سارية طوال مدة التأخير ، ولكنها تنقلب في هذه الحالة إلى فوائد تأخيرية ، وإن كانت بنفس السعر الاتفاقي . وقد تجب الفوائد التعويضية في وديعة المصرف ، فمن أودع مصرفاً مبلغاً من النقود واشترط أن يتقاضى على الوديعة فوائد ، فهذه الفوائد تكون فوائد تعويضية . والفوائد التي يتقاضاها حامل السند هي أيضاً فوائد تعويضية عن مبلغ من النقود أقرضه صاحب الدخل للمدين به ، ومن ثم قضت الفقرة الثانية من المادة ٥٤٥ بأنه إذا « كان ترتيب الدخل بعقد من عقود المعارضة ، اتبع في شأنه من حيث سعر الفائدة القواعد التي تسرى على القرض ذي الفائدة » .

والذي يميز الفوائد التعويضية أنها تكون فوائد عن مبلغ من النقود لم يحل ميعاد استحقاقه ، فهو دين في ذمة المدين طوال الأجل ، ويدفع المدين في مقابل هذا الأجل - أي في مقابل بقاء هذا المبلغ في ذمته والانتفاع به - الفوائد التعويضية

= إلا صورة من صور التعويض عن التأخير (انظر آنفاً فقرة ٤٦٦ وفي الهامش) . وانظر في نصوص التقنين المدني السابق التي كانت تقضي بمریان الفوائد التأخيرية من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٢ ص ٤٥١ - ص ٤٥٢ .

التي يتفق عليها مع الدائن . أما إذا حل أجل استحقاق الدين ، ولم يوفه المدين ، فإن الفوائد التي تظل تسرى بعد حلول الأجل إلى أن يتم الوفاء ، تنقلب إلى فوائد تأخيرية ، لأنها تعتبر عندئذ بمثابة تعويض عن تأخر المدين في الوفاء بالتزامه (١) . ومن ثم يندر أن توجد حالة تستحق فيها فوائد تعويضية عن مبلغ من النقود لا يكون مصدره العقد ، فإن الدين الذي يكون مصدره غير العقد ينشئه القانون منجزاً من وقت أن ينشأ ، فما عسى أن يستحق عليه من الفوائد بعد حلوله إنما تكون فوائد تأخيرية . والعقد — أو التصرف القانوني بوجه عام — هو الذي ينشئ الدين إلى أجل ، ويرتب عليه فوائد تعويضية طوال مدة هذا الأجل (٢) .

(١) وقد اختلف الفقهاء في فرنسا في هذه المسألة . فتم من يرى أن الفوائد الاتفاقية تبقى سارية بعد حلول أجل الدين إلى يوم الوفاء ، وهذا هو الرأي الذي نأخذ به (لوران ٢٦ فقرة ٥١٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٠٦) ، ومنهم من يرى أن الفوائد الاتفاقية ينتهي سريانها بحلول أجل الدين ، ولا تستحق الفوائد التأخيرية إلا من يوم الإعذار (المطالبة القضائية في مصر) (بلانيول وريبير ١١ فقرة ١١٦٣ — فقرة ١١٦٤ — دي باج ٣ فقرة ١٤٣) . على أنه يلاحظ ، من الناحية العملية ، أن هذا الخلاف لا محل له . ذلك أن المقرض إذا اشترط سعراً للفائدة ، فهو في الوقت ذاته قد اشترط — ما لم يظهر عكس ذلك في وضوح — أن يكون هذا السعر الاتفاق هو أيضاً سعر الفوائد التأخيرية وأنه يمرى من وقت حلول أجل القرض لا من وقت المطالبة القضائية ولا من وقت الإعذار .

(٢) على أنه يمكن ، في شيء من التحوير ، أن نتصور فوائد تعويضية عن مبلغ من النقود لا يكون مصدره العقد في القرض الآتي : يلتزم المالك بأن يرد للعائز ما أنفقه من المصروفات طبقاً لقواعد قررتها المادتان ٩٨٠-٩٨١ مدني ، وهذا الالتزام مصدره غير العقد . ثم تنص المادة ٩٨٢ على أنه «يجوز للقاضي ، بناء على طلب المالك ، أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين . وله أن يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوصاً منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها» . وهذا النص ، إذا فسر على أنه تأجيل لاستحقاق الدين حكم به القاضي ، فإن القاضي يكون قد لاحظ في ذلك أن يضيف للمصروفات فوائد تعويضية — بالسعر القانوني — حتى إذا رأى المالك أن يعجل الدفع خصم هذه الفوائد كما يقضي النص بذلك . فهنا استحققت فوائد تعويضية عن مبلغ من النقود مصدره غير العقد .

وهناك فرض آخر نصت عليه المادة ١٨٣ مدني . فقد قضت بأنه «١ - يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل . ٢ - على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقوداً ، التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها =

٥١٠ - شرط استحقاق الفوائد التعويضية - الاتفاق مع المدين :

والفوائد التعويضية ، على النحو الذى قدمناه ، لا تستحق إلا باتفاق يتم بين الدائن والمدين . فالمقترض لا يدفع فوائد تعويضية عن مبلغ القرض إلا إذا اتفق على ذلك مع الدائن ، وقد نصت المادة ٥٤٢ مدنى على ما يأتى : « على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر » . والمشتري لا يدفع فوائد تعويضية عن الثمن المؤجل إلا إذا اتفق على ذلك مع البائع (١) .

فاتفاق الدائن مع المدين هو الشرط فى استحقاق الفوائد التعويضية . وهذا الاتفاق ذاته يحدد أيضا سعر هذه الفوائد ، على ألا يتجاوز الحد الأقصى الذى قرره القانون والذى سيأتى بيانه . ونرى من ذلك أن الفوائد التعويضية لا يمكن أن تكون إلا بسعر اتفقا ، وليس لها سعر قانونى . أما الفوائد التأخيرية فقد رأينا أن سعرها قد يكون سعرا قانونيا وقد يكون سعرا اتفاقيا (٢) .

= بسعرها القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل » . فهنا التزم الدائن الذى عجل له الوفاء بحقه أن يدفع للمدين الذى عجل الوفاء فوائد تعويضية عن المبلغ الذى عجل الوفاء به ، والمصدر الذى التزم به الدائن ليس هو العقد .

ولا شك أن فيما قدمناه تحويراً للفوائد التعويضية يدل على مبلغ الصعوبة فى تحقيق فرض تستحق فيه هذه الفوائد عن مبلغ من النقود لا يكون مصدره العقد . ويلاحظ أنه إذا استقام هذان الفرضان ، أمكن أن يكون للفوائد التعويضية سعر قانونى ، مع أن هذه الفوائد لا تكون إلا بالسعر الاتفاقى كما سنرى .

(١) أما ماقدرته المادة ٥٨٤ مدنى من أن للبائع الحق فى الفوائد القانونية عن الثمن إذا أعذر المشتري أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، فيقصد به حق البائع فى استيفاء فوائد تأخيرية عن ثمن حل ميعاد الوفاء به .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « كان من أثر الإشفاق من معاطب الربا أن عمد التشريع فى أكثر الدول ، لا إلى تحديد سعر الفوائد التى تستحق عن التأخير فى الوفاء فحسب ، بل وكذلك إلى تحديد هذا السعر بالنسبة لساير ظروف الفوائد . فالأولى ، اتفاقية كانت أو قانونية ، تفترض حلول أجل الوفاء بالدين ، وترصد على تعويض الضرر الناشئ عن التأخر فى هذا الوفاء . أما الثانية فتفترض أن الدين لم يحل ، وأن الفوائد وهى اتفاقية دائما قد اشترطت كقابل فى معاوضة من المعاوضات . فليس لفائدة رأس المال إلا سعر واحد هو سعر الاتفاقى ، فى حين أن فوائد التأخر لها سعران : أحدهما اتفاقى والآخر قانونى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٢ - ص ٥٨٣) .

الفرع الثاني

مقدار الفوائد كما حددها القانون .

٥١١ - سعر الفائدة وجواز التخفيض والزيادة : يتدخل القانون ،

كما مر القول ، فيحدد الفائدة : السعر القانوني والحد الأقصى للسعر الاتفاق .
وقد أجاز التقنين المدني الجديد - كراهية منه في الربا - النزول عن الحدود المقررة في حالات معينة ، ولكنه أجاز من ناحية أخرى ، وفي حالات معينة أيضاً ، الزيادة على هذه الحدود .

فنستعرض : (أولاً) سعر الفائدة (ثانياً) جواز النزول عن الحدود المقررة وجواز الزيادة عليها .

المبحث الأول

سعر الفائدة

٥١٢ - سعر الفوائد التأخيرية : رأينا أن سعر الفوائد القانونية إما أن يكون سعراً قانونياً وإما أن يكون سعراً اتفاقياً .

فالسعر القانوني في المسائل المدنية هو $\frac{4}{\%}$ ، وفي المسائل التجارية هو $\frac{5}{\%}$ ، وبهذا قضت المادة ٢٢٦ مدني على عامر . وقد كان السعر القانوني في عهد التقنين المدني السابق ، طبقاً للمرسوم بقانون الصادر في ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ ، هو $\frac{5}{\%}$ في المسائل المدنية و $\frac{6}{\%}$ في المسائل التجارية . فخفض التقنين المدني الجديد السعر القانوني ، في الحالتين ، بمقدار $\frac{1}{\%}$ (١) ، ويبرر ذلك « ما أسفرت

(١) وقد تقدم أن السعر القانوني في التقنين المدني السابق كان في مبدأ الأمر $\frac{7}{\%}$ في المسائل المدنية و $\frac{9}{\%}$ في المسائل التجارية . ثم خفض هذا السعر المرتفع إلى $\frac{5}{\%}$ و $\frac{7}{\%}$ بالأمر العالي الصادر في ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ . ثم خفض السعر في المسائل التجارية إلى $\frac{6}{\%}$ بالمرسوم بقانون الصادر في ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ (أنظر آنفاً فقرة ٥٠٢ في الهامش) . =

عنه الظروف الاقتصادية » من وجوب تخفيض كل من السعر القانوني والسعر الاتفاقي ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى^(١). والعبرة بالمدين في التمييز بين المسائل المدنية التي يكون سعرها ٤٪ / والمسائل التجارية التي يكون سعرها ٥٪ / . فاذا كان المدين غير تاجر ، فالفائدة تحسب بالسعر القانوني في المسائل المدنية - ٤٪ / - حتى لو كان الدائن تاجراً والعملية تجارية^(٢). ويلاحظ أن السعر القانوني الجديد ، وهو السعر المخفض ، يسرى من وقت نفاذ التقنين المدني الجديد ، أى من يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فالقوائد القانونية المستحقة ابتداء من هذا التاريخ على مبالغ من النقود تحسب بسعر ٤٪ / في المسائل المدنية و ٥٪ / في المسائل التجارية ، حتى لو نشأت الديون عن عقود أبرمت أو وقائع حدثت قبل هذا التاريخ^(٣) .

أما السعر الاتفاقي للقوائد التأخيرية فيجب ألا يزيد على ٧٪ / ، وقد يكون أقل من ذلك ، بل قد يكون أقل من السعر القانوني ، حسب الاتفاق الذي يتم بين الدائن والمدين . وهذا الحد الأقصى للسعر الاتفاقي قرره المادة ٢٢٧ الفقرة

= أما في فرنسا ، فقد جعل قانون ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٧ السعر القانوني ٥٪ / في المسائل المدنية و ٦٪ / في المسائل التجارية ، ثم خفض هذا السعر إلى ٤٪ / و ٥٪ / بقانون ٧ أبريل سنة ١٩٠٠ ، ثم أعيد إلى ٥٪ / و ٦٪ / بقانون ١٨ أبريل سنة ١٩١٨ ، ثم رجع إلى ٤٪ / و ٥٪ / بمرسوم بقانون في ٨ أغسطس سنة ١٩٣٥ . والسعر القانوني في الجزائر هو ٥٪ / في كل من المسائل المدنية والمسائل التجارية (أنظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٨ ص ٢٠٩ - ويرى هؤلاء الفقهاء أن الأولى هو أن يجعل السعر القانوني تابعا لسعر الخصم *taux de l'escompte* في بنك فرنسا : جزء ٧ فقرة ٨٧٨ ص ٢١٠) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٣ . وقد جاء فيها : « وقد كان في الوسم ترك أمر تحديد سعر القوائد لتشريع خاص ، على غرار ما فعلت بعض التقنينات الأجنبية . بيد أنه رأى من الأنسب أن يبقى المشروع على تقاليد البلاد التشريعية ، وقد استقرت من عهد غير قريب على إيكال هذا التحديد إلى نصوص التقنين المدني ذاته . ولعل هذا الوضع أدق إلى تيسير التعجيل بإجراء التخفيض الذي تقدمت إليه الإشارة ، ولا سيما بعد أن ألحقت على البلاد دواعيه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٣ - ص ٥٨٤) .

(٢) استئناف مصر ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٠٨ ص ٢٩٩ .

(٣) وهذا هو نفس ما قرره المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ عندما خفض هذا المرسوم بقانون السعر القانوني في المسائل التجارية من ٧٪ / إلى ٦٪ / - أنظر أيضاً بودرى وبارد ١ فقرة ٩٩٦ مكررة - روبييه في تنازع القوانين بالنسبة إلى الزمان جزء ٢ سنة ١٩٣٣ فقرة ٧٨ و فقرة ٨٧ .

الأولى على ما رأينا ، وتستوى فيه المسائل المدنية والمسائل التجارية . وقد كان السعر الاتفاقى في عهد التقنين المدنى السابق ، بمقتضى المرسوم بقانون الصادر فى ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ ، هو ٨٪ يجوز تخفيضه بمرسوم إلى ٧٪ ، ولكنه لم ينخفض حتى صدر التقنين المدنى الجديد فتولى هذا التخفيض (١) . ويلاحظ أن السعر الاتفاقى الجديد ، وهو السعر المنخفض ، يسرى هو أيضاً من وقت سريان التقنين المدنى الجديد ، حتى بالنسبة إلى العقود التى أبرمت قبل هذا الوقت ؛ لأن سعر الفائدة يعتبر من النظام العام . فإذا اتفق الدائن والمدين ، قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، على أن تكون سعر الفوائد التأخيرية هى ٨٪ وفقاً للمرسوم بقانون الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ ، وبقيت هذه هذه الفوائد التأخيرية سارية إلى ما بعد نفاذ التقنين الجديد ، فإنها تحسب بسعر ٨٪ إلى يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم تحسب ابتداء من يوم ١٥ من

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «وقد جعل المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨ ، المعدل لأحكام المادتين ١٢٤ — ١٢٥/١٨٢ — ١٨٥ من التقنين الحالى (السابق) ، الحد الأقصى لسعر الفوائد الاتفاقية ٨٪ مع جواز تخفيضه إلى ٧٪ بمقتضى مرسوم . على أن المشروع آثر أن يحقق هذا التخفيض فور الوقت إزاء ما أسفرت عنه الظروف الاقتصادية ، فجعل الحد الأقصى للسعر ٧٪ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٣) . وقد قدمنا أن السعر الاتفاقى فى التقنين المدنى السابق كان فى مبدأ الأمر ١٢٪ ، ثم خفض إلى ٩٪ بالأمر العالى الصادر فى ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ ، ثم إلى ٨٪ يجوز تخفيضها إلى ٧٪ بالمرسوم بقانون الصادر فى ١٩ مارس ١٩٣٨ .

أما فى فرنسا ، فقد جعل قانون ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٧ السعر الاتفاقى كاسعر القانونى ٥٪ فى المسائل المدنية و ٦٪ فى المسائل التجارية . وقد ألغى قانون ١٢ يناير سنة ١٨٨٦ الحد الأقصى للسعر الاتفاقى فى المسائل التجارية . ثم ألغى قانون ١٨ أبريل سنة ١٩١٨ الحد الأقصى للسعر الاتفاقى فى المسائل المدنية إلغاء موقتاً ، مع جواز العودة إلى حد أقصى بمقتضى مرسوم . على أن المرسومين بقانون الصادرين فى ٨ أغسطس و ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ وضعا عقوبة جنائية على الأقراض بالربا الفاحش ، ويكون الربا فاحشاً إذا زادت الفوائد على المعتاد تقاضيه ، فى المعاملات المماثلة فى مخاطرها (mêmes risques) ، بأكثر من النصف ، وفى هذه الحالة تخفض الفوائد إلى السعر المعتاد تقاضيه ، ويخصم ما دفع زائداً من الفوائد بالسعر المعتاد ثم من رأس المال ، فإذا كان الدين قد انقضى مع فوائده ، رد إلى المدين ما دفعه زائداً بعد ذلك مع فوائده من يوم الدفع (انظر بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٨٨ ص ٤٢٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨٢) .

شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ بسعر ٧ / وفقاً لأحكام التقنين الجديد^(١).

٥١٣ - سعر الفوائد التعويضية : ليس للفوائد التعويضية إلا سعر واحد هو السعر الاتفاقي ، كما قدمنا . والحد الأقصى للسعر الاتفاقي للفوائد التعويضية هو نفس الحد الأقصى للسعر الاتفاقي للفوائد التأخيرية . وبهذا تقضى : كما رأينا ، الفقرة الأولى من المادة ١٢٧ إذ تقول : « يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد ، سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ، على ألا يزيد هذا السعر على ٧ / » . والحالة الأخرى ، غير حالة تأخير الوفاء ، التي تشترط فيها الفوائد هي حالة الفوائد التعويضية ، كما سبق القول . وقد كان الحد الأقصى للسعر الاتفاقي للفوائد التعويضية في عهد التقنين المدني السابق ، وفقاً للمرسوم بقانون الصادر في ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ ، هو ٨ / ، أي نفس الحد الأقصى للسعر الاتفاقي للفوائد التأخيرية ، وقد خفض إلى ٧ / لنفس الأسباب . ويسرى السعر

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤ . وسنعود إليها فيما يلي : وانظر عكس ذلك روبييه في تنازع القوانين بالنسبة إلى الزمان جزء ٢ سنة ١٩٣٣ فقرة ٧٨ وفقرة ٨٧ . وانظر بنوع خاص انتقاده لفكرة أن التشريع الذي يعتبر من النظام العام يكون له أثر رجعى أو أثر فوري بالنسبة إلى العقود القائمة وقت نفاذه إذا كانت هذه العقود قد أبرمت قبل ذلك (فقرة ٨٧) . وأغلب الفقه الحديث في فرنسا من رأى الأستاذ روبييه . على أنه حتى بفرض التسليم بأن التشريع الذي يعتبر من النظام العام ليس له أثر رجعى أو أثر فوري ، فإنه يبقى أن الأستاذ روبييه نفسه يميز بين تشريع يتصل بالمراكز التعاقدية (régime du contrat) وتشريع يتصل بالمراكز القانونية (statut légal) ، ويجعل للتشريع الذي يتصل بالمراكز القانونية أثراً فورياً . ثم هو يفرق بين السعر القانونى للفائدة والسعر الاتفاقي ، فيجعل الأول متصلاً بمركز قانونى ويجعل الثانى متصلاً بمركز تعاقدى (انظر جز ٢ فقرة ٨٧ ص ١٢٠) . ولا نرى مبرراً لهذه التفرقة ، فكل من السعر القانونى والسعر الاتفاقي يتصل اتصالاً مباشراً بمركز قانونى هو نظام الديون (régime des créances) . ذلك أن القانون فى الأصل لا يجعل الدين متجاً لفوائد ، إلا إذا طالب بها الدائن أو اتفق عليها مع المدين ، وفى الحالتين يضع القانون حدوداً لسعر هذه الفوائد ، وسواء كان هذا السعر قانونياً أو كان اتفاقياً فإنه يتصل بمركز قانونى نظمه القانون ، ومن ثم يجب أن يكون لأى تشريع يتصل بهذا المركز القانونى أثر فوري . فإذا قامت اعتبارات تحول دون هذا الأثر الفوري ، وجب أن ينص المشرع على أن التشريع الجديد لا يسرى على العقود القائمة وقت نفاذه ، ولا يسرى إلا على العقود التى تبرم بعد ذلك ، وهذا ما فعله المرسوم بقانون الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ .

الاتفاق الجديد ، وهو السعر المنخفض ، من وقت سريان التقنين المدنى الجديد ، حتى بالنسبة إلى العقود التى أبرمت قبل هذا الوقت . فاذا اقترض شخص قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ مبلغاً من النقود بسعر ٨ ٪ ، وكان ميعاد حلول أجل القرض بعد يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فانه يؤدي الفوائد بسعر ٨ ٪ إلى يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم بسعر ٧ ٪ ابتداء من يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ (١) .

(١) وقد كان المرسوم بقانون الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ يتضمن حكماً مخالفاً لهذه القواعد العامة ، يقضى بعدم سريان السعر المنخفض أو السعر المرفوع على العقود المبرمة قبل تخفيض السعر أو رفعه ، حتى لو كانت هذه العقود تبقى سارية إلى ما بعد التخفيض أو الرفع (انظر آنفاً فقرة ٥٠٢ فى الهامش) ، ومن ثم قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تخفيض الفوائد إلى ٨ ٪ ليس له أثر رجعى (١٣ يونيو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٢٠) .

وقد طبقت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى القواعد العامة تطبيقاً صحيحاً إذ تقول : « وبديهي أن أثر هذا التخفيض لا يستند إلى الماضى ، فسيظل السعر المقرر بمقتضى النصوص الحالية (السابقة) قائماً إلى تاريخ العمل بأحكام التقنين الجديد . أما بعد هذا التاريخ فتطبق الأحكام الخاصة بالسعر الجديد ، حتى بالنسبة للعقود التى تمت من قبل ، اتفاقية كانت الفوائد أو قانونية (قارن المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤) .

وأخذت محكمة النقض بهذا الحكم ، إذ قضت بأن الدفع بأن سعر الفائدة المقضى بها يجب ألا يزيد على ٧ ٪ بعد العمل بالقانون المدنى الجديد وفقاً للمادة ٢٢٧ منه متعلق بالنظام العام ، ومن ثم يجوز إبداءه لأول مرة أمام محكمة النقض . والحد الأقصى للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها قانوناً هو من قواعد النظام العام ، فيسرى السعر المنخفض من تاريخ العمل بالقانون المدنى الجديد القاضى بتخفيضه ، أى ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، حتى على الاتفاقات السابقة على هذا التاريخ . يؤيد هذا النظر ماورد فى هذا الخصوص فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى المشار إليه . وإذن ففى كان الحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون عليها بعد العمل بالقانون المدنى الجديد بفائدة سعرها ٨ ٪ ابتداء من أول سبتمبر سنة ١٩٤٦ لحين الوفاء ، فان هذا الحكم يكون قد خالف المادة ٢٢٧ من القانون المذكور فى خصوص المدة اللاحقة للعمل به ، ويتعين نقضه ، وتخفيض سعر الفائدة إلى ٧ ٪ ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ حتى تمام الوفاء (نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦١ ص ١٢٠٨) . أنظر عكس ذلك أصول القانون للأستاذ أحمد حشمت أبوستيت والمؤلف سنة ١٩٤١ ص ١٩٥ ، وقد ميز (ص ١٩٨-١٩٩) بين النصوص التى يقصد بها حماية مصلحة عامة كالقانون الذى يعطى للأوراق المصرفية سعراً جبرياً ، والنصوص المعتبرة من النظام العام ولكنها تحمى مصالح خاصة كالقانون الذى يخفض الحد الأقصى للفائدة فلا تؤثر فى العقود التى تمت قبل صدورهما . =

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧ ، كما رأينا ، على أن « كل عمولة أو منفعة ، أيا كان نوعها ، اشترطها الدائن ، إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره ، تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض ، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة » . وهذا النص مأخوذ من المرسوم بقانون الصادر في ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ ، وقد أضافته لجنة المراجعة فقرة ثانية للمادة ٢٢٧ . ولا يختلف النص الجديد عن أصله إلا في أمرين : (١) وقع تحريف لفظي في النقل عن الأصل ، فقد ورد في آخر النص الجديد عبارة « ولا منفعة مشروعة » ، وصحتها : « ولا نفقة مشروعة » . كما ورد في الأصل ، وبذلك يستقيم المعنى . (٢) عين المرسوم بقانون من يحمل عبء إثبات أن العمولة أو المنفعة هي فائدة مستترة فجعله المدين ، أما في التقنين المدني الجديد فقد استبدلت عبارة « إذا ما ثبت أن ... » بعبارة « إذا ما أثبت المدين أن ... » ، وبذلك يكون تعيين من يحمل عبء الإثبات خاضعاً للقواعد العامة^(١). ويبدو أن

= ويذهب الأستاذ سليمان مرقس (موجز المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٥٣ ص ١٢٤ — ص ١٢٥ — المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٥٢ ص ١٦٥ — ص ١٦٦) إلى أن العبرة في سريان النص القاضي بتخفيض السعر بتاريخ الاتفاق ، « لأن الحكمة — كما يقول — من أصل وضع هذه المادة وما كان يقابلها في التقنين الملغى إنما هي منع استغلال الدائن حاجة المدين وضعفه وقت التعاقد ، لا التخفيف عن عاتق المدينين الذين سبق أن التزموا بفوائد . ويظهر ذلك جلياً من عبارة هذه المادة حيث تقول أنه : يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد . . . على ألا يزيد هذا السعر على ٧٪ ، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى ٧٪ وتعين رد ما دفع زائداً على هذا المقدار — ولو قصد الشارع غير ذلك ، لعبه عنه كما عبر في المادة ٢٣٢ بقوله : لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال . . . وإذن فالذي يتعلق بالنظام العام في هذا النص هو منع حصول الاتفاق على فوائد تزيد من السعر المقرر ، فلا يسرى ذلك إلا على العقود التي يحصل الاتفاق عليها بعد صدور تلك القوانين . — ولا نحسب أن المشرع قصد المغايرة في الحكم بين عدم جواز الاتفاق على سعر يزيد على ٧٪ وعدم جواز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، لمجرد أنه استعمل تعبيرين مختلفين ، فقال في الحالة الأولى « فإذا اتفقا . . . » وقال في الحالة الثانية « لا يجوز تقاضي . . . » . ففي الحالتين أراد المشرع ألا يجيز تقاضي فوائد بسعر يزيد على ٧٪ وألا يجيز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد . والنصان — بهذا المعنى — حكمهما واحد من حيث اتصاهما بالنظام العام .

(١) انظر تاريخ نص المادة ٢٢٧ آنفاً فقرة ٥٠٢ في الهامش — وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٦ .

القواعد العامة لا تختلف عما كان المرسوم بقانون يقضى به ، فعبد الإثبات يحمله المدين وعليه أن يثبت أن العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا نفقة مشروعة يكون الدائن قد صرفها ، لأن المدين إنما يطعن بالصورية فيما اتفق عليه مع الدائن ، ويتمسك بأن حقيقة العمولة أو المنفعة هي فوائد ربوية ، فهو الذى يحمل عبء الإثبات (١) ، ولكن له أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، ولو بالبينة والقرائن ، وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان مؤدى الحكم المطعون فيه هو أن العمولة والمصاريف التى اقتضتها الشركة المطعون عليها من الطاعن كانت مقابل خدمات حقيقية ومشروعة قامت بها تنفيذاً لعقود الاتفاق المبرمة بينهما ، ولم تكن فوائد ربوية مستترة ، فإنه يكون فى غير محله النعى على هذا الحكم بأنه أجاز الاتفاق على فوائد ربوية مخالفة للقانون (نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦٢ ص ١٠٣٧) . وليس الحكم صريحاً فى تحميل المدين أو الدائن عبء الإثبات .

(٢) هذا وقد صدر مرسوم بقانون آخر (رقم ٢٢) فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ ، لا يزال معمولاً به حتى اليوم ، بشأن سير البيوتات المالية المشتغلة بتسليف النقود على رهونات . وهو يقضى بأنه « لا يجوز أن يزيد مقدار الفائدة السنوية على الحد المقرر للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها والمبين بالمادة ١٨٥ من القانون المدنى المختلط والمادة ١٢٠ من القانون المدنى الأهلى . ويجوز فضلاً عن ذلك تحصيل عوائد تأمين وقياس وتخزين ، ولا يجوز أن يزيد مقدار هذه العوائد على ٤٪ إذا كانت السلعة أقل من ٢٥٠ قرشاً ولا على ٣٥٪ إذا زادت على ذلك . ويكون تحصيل هذه الرسوم باعتبار سنة كاملة مهما كانت مدة السلفة . ولا تسرى أحكام هذا المرسوم بقانون على القروض المعقودة قبل تاريخ العمل به — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص ما يأتى : « ويلاحظ أن نص المشروع فى هذا الشأن لا يمس أحكام المرسوم بقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٣٨ المعدل للأمر العالى الصادر فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ بشأن سير البيوتات المالية المشتغلة بتسليف النقود على رهونات ، فيما يتعلق بتحويل هذه البيوتات حق اقتضاء فائدة إضافية فى مقابل نفقات التأمين والقياس والتخزين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٣) .

وقد تجتمع عمليتان فى عقد واحد ، فيزيد مجموع ما اشترط فيهما على السعر المسموح به قانوناً ، ومع ذلك يكون كل من العمليتين صحيحاً لاستقلال كل عملية عن الأخرى ، ولعدم مخالفة القانون فى أى منهما . وقد قضت محكمة استئناف مصر فى هذا المعنى بأن عمليتى القرض والتعهد بعمل شئ وهو توريد أقطان بشروط معينة هما عمليتان مستقلتان إحداها عن الأخرى ، جائزتان قانوناً ، ولا يضيرهما حصولهما بعقد واحد . ولا محل للقول بأنه إذا أضيفت الغرامة المشترطة فى حالة عدم القيام بالوفاء بالتعهد بالتوريد إلى فائدة عملية القرض الأولى جاوزت الفائدة المقدار المسموح به قانوناً ، لأن التمويض المتفق عليه بعقد التوريد هو نظير ما يفوت المتعهد له (البنك) =

٥١٤ - **جزاء مجاوزة سعر الفائدة :** وقد قضت العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ مدني بأنه إذا اتفق الدائن والمدين على فوائد تأخيرية أو تعويضية تزيد على الحد الأقصى للسعر الاتفاقي ، فإنه يجب تخفيضها إلى ٧٪ ، ويتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر . وللمدين الذي يريد أن يسترد الزيادة أن يقيم الدليل على الربا الفاحش بجميع طرق الإثبات (١) .

= من المنفعة بسبب عدم توريد الأقطان ، لأنها إذا وردت نشأت عنها عملية أخرى هي اعتماد بحساب جار بتأمين هذه الأقطان يلتزم به البنك قبل العميل أن يقرضه قرصاً جديداً ، والبنك أمام هذا الالتزام يرصد من أمواله مبلغاً موازياً بنسبة معينة من قيمة البضائع انتظاراً للقيام بهذا التعهد ، فإخلال العملاء بالتوريد يفوت على البنك الانتفاع باستخدام ماله واستغلال شونه (استئناف مصر ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٢٥ ص ١٠٣٥) .

(١) وقد قضى بأنه لما كان الربا الفاحش مخالفاً للنظام العام ، جاز أن يثبت بكل طرق الإثبات ، بما في ذلك البيئة والقرائن (استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٧٨ - طنطا الجزئية ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ ص ٢١٥) ، ومتى ثبت أن هناك ربا فاحشاً ، انتقل عبء الإثبات إلى الدائن ، وعليه أن يثبت المقدار الحقيقي للقرض (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٨٥) . وتبحث المحاكم فيما إذا كانت العقود تشمل على ربا فاحش ، وذلك كيفما كانت ماهية هذه العقود وشكاها (استئناف أهل ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٥٤) . فإذا اتضح لها أن عقد قرض بفوائد فاحشة سمي بيعاً بقصد إخفاء الربا ، وجب عليها اعتبار العقد بحسب حقيقته وتزيل الفوائد الزائدة المضافة إليه (رشيد ١٥ يناير سنة ١٩١٨ الشرائع ٤ ص ٢٧٨) . وإذا قبض المؤجر من المستأجر مبلغاً من المال وقت تحرير عقد الإجارة على أن يؤجر له الأطليل بأجرة هي دون القيمة ، وثبت للمحكمة أن عقد الإيجار ماهو في الحقيقة إلا عقد تأمين على قرض ، وأن الفرق بين الأجرة المتفق عليها وما تساويه العين المؤجرة هو ربا فاحش للمبلغ المقرض ، جاز للمحكمة أن تلغى الإجارة وتلزم المستأجر برد العين المؤجرة ودفع أجرة تقدرها عن مدة وضع يده عليها ، وتقضى على المؤجر برد المبلغ الذي تسلمه عند تحرير العقد مع فوائده بواقع ٩٪ (استئناف أهل ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٨ المحاماة ٦ ص ٨٥٧) . انظر أيضاً ربا فاحشاً في صورة عمولة (استئناف أهل أول ديسمبر سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ ص ٢٢٤) ، وفي صورة رهن (استئناف أهل ٢٣ مايو سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ ص ٢٢٤) ، وفي صورة غاروقة (أسبوط ٧ مارس سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ ص ١٦٣) . انظر أمثلة أخرى لعقود تخفى ربا فاحشاً في القضاء المختلط : استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٧ - ١٥ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٣٧ - ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٤) . وانظر في وجوب عدم الاقتصار على احتمال مظنة الربا الفاحش ، بل يجب في هذه الحالة أن تحيل المحكمة الدعوى على التحقيق ليثبت المدين أن هناك ربا فاحشاً : نقض مدني ١٢ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام للنقض ٤ رقم ٩٨ ص ٦٤٦ ، وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم في قسم الإثبات .

والتخفيض إلى الحد المقرر في القانون لا يقتصر على السعر الاتفاقي ، بل يتناول أيضاً على سبيل القياس السعر القانوني . فإذا دفع المدين للدائن فوائد قانونية بسعر يزيد على ٤ أو ٥ ٪ ، فإن الفوائد تخفض إلى هذا السعر ، ويسترد المدين ما دفعه زائداً . ويندر أن تقع الزيادة في السعر القانوني ، والغالب أنها تقع في السعر الاتفاقي ، ولذلك ورد النص في هذا السعر الأخير .

وقد كان تخفيض السعر إلى الحد المقرر قانوناً هو أيضاً جزاء مجاوزة سعر الفائدة في عهد التقنين المدني السابق . أما رد ما دفع زائداً فقد كان مختلفاً فيه ^(١) ، فحسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف إذ نص صراحة على وجوب الرد . ويزي أن نص التقنين المدني في هذه المسألة هو نص تفسيري ، ومن ثم يطبق على ما دفع من الفوائد زائداً على الحد المقرر حتى لو كان ذلك قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر ١٩٤٩ ، فيجب على الدائن رده .

ويتقادم الالتزام بالرد بمضي ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة وفقاً لأحكام المادة ١٨٧ مدني ، لأن هذا الالتزام مصدره دفع غير المستحق .

المبحث الثاني

جواز النزول عن الحدود المقررة وجواز الزيادة عليها

٥١٥ - فرضاه : قرر القانون سعر الفائدة ، القانوني والاتفاقي ، في الفوائد التأخيرية وفي الفوائد التعويضية ، على النحو الذي بسطناه . ولكن

(١) فن الأحكام ما كان يقضى بعدم جواز استرداد مادفع زائداً عن اختيار : استئناف أهلي ١٦ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٦٦ ص ١١١ — استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٨ — ١٢ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٤٣ — ٥ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٥١ .

ومن الأحكام ما كان يقضى بجواز استرداد ما دفع زائداً ولو كان الدفع عن اختيار : استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٨ — مصر استئناف ٩ مارس سنة ١٩١٥ للشرائع ٢ ص ٢١٧ — طنطا ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ ص ١٠٧ . انظر أيضاً في عدم جواز الاسترداد الفقرة الثانية من المادة ٧٦٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني .

هناك أحوالا ، نص عليها القانون ، يجوز النزول فيها عن هذه الحدود المقررة .
كما أن هناك أحوالا ، على التقيض من ذلك ، تجوز فيها الزيادة على هذا الحدود .
ونتناول بالبحث كلا من هذين الفرضين .

المطلب الأول

جواز النزول عن الحدود المقررة

٥١٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٢٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا تسبب الدائن ، بسوء نية ، وهو يطالب بحقه ، في إطالة أمد النزاع ،
فللقاضي أن يخفض الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضى بها اطلاقا ،
عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر » .

وتنص المادة ٢٣٠ على ما يأتي :

« عند توزيع ثمن الشيء الذي بيع جبراً لا يكون الدائنون المقبولون في
التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الأفضبة التي تقررت لهم في
هذا التوزيع إلا إذا كان الراسي عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن ، أو كانت
خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها ، على ألا يتجاوز
ما يتقاضاه الدائنون من فوائد في هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسي عليه
المزاد أو خزانة المحكمة . وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء » .

وتنص المادة ٢٣٢ على ما يأتي :

« لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز في أية حال أن يكون
مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك دون إخلال
بالقواعد والعادات التجارية » ^(١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٢٩ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « إذا
تسبب الدائن ، وهو يطالب بحقه ، في إطالة أمد النزاع بخطأه ، فللقاضي أن يخفض الفوائد ، =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٢٦/١٨٦ (١).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى . في التقنين المدني السوري المواد ٢٣٠ - ٢٣١ و ٢٣٣ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ١٧٣ فقرة ٣ و ١٧٤ ، وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢٣٢ - ٢٣٣ و ٢٣٥ ، وفي تقنين الموجبات والعقود

= قانونية كانت أو اتفاقية ، أولاً يقضى بها إطلاقاً ، عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٣٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ ذكر أن هذه المادة تعالج حالة الدائن سيئ النية الذي يتعمد إطالة أمد النزاع كي تستمر الفوائد في سريانها ، وقد أثبت العمل أنه كثيراً ما يلجأ الدائن إلى إنكار الامضاء أو إلى الدفع أو رد القاضي . ورأت اللجنة أن تدخل عبارة « بسوء نية » بدلا من كلمة « بخطأ » لأن فكرة الخطأ قد تتسع لفروض لا يحسن فيها توقيع هذا الجزاء ، ولهذا آثرت اللجنة أن يكون الجزاء قاصراً على حالة سوء النية وحدها ، وأصبحت المادة رقمها ٢٢٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٨ - ص ٥٨٩) .

م ٢٣٠ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة « دون تمييز بين دائن مضمون حقه ودائن لا ضمان له » الواردة في آخر نص المشروع التمهيدى . وأقرت لجنة المراجعة النص ، وأصبح رقمه ٢٣٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « دون تمييز ... الخ » لأن قسمة الفوائد بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء تفيد معنى هذه العبارة ، وأصبح رقم النص ٢٣٠ . ووافق مجلس الشيوخ عليه كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٠ - ص ٥٩٢) .

م ٢٣٢ : ورد هذا النص في المادة ٣١٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - الفوائد على متجمد الفوائد لا تكون مستحقة إلا إذا طوّل بها قضائياً أو تم الاتفاق عليها بعد استحقاق الفوائد المتجمدة ، على أن يبلغ المتجمد في الحالتين فوائد سنة على الأقل ، وهذا دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية . ٢ - أما الاستحقاقات الدورية غير الفوائد فتعتبر رؤوس أموال من حيث استحقاق الفوائد عنها » . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٣٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدل بالمادة بفقرتها النص الذي استقر في التقنين الجديد ، وقد راعت اللجنة في ذلك ألا تتكرر الفوائد بتقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، وأن من المصلحة أن يحال بين الدائن وبين استغلال المدين باقتضاء فوائد تجاوز مقدار الدين نفسه ، وبحسب الدائن أن يكون قد اقتضى فوائد تعادل رأس ماله ، وقد أخذت بهذا الحكم دول أخرى منها سورية والعراق . وأصبحت المادة رقمها ٢٣٢ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما وضعها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٦ - ص ٥٩٧) .

(١) وقد كانت المادة ١٢٦/١٨٦ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتى : « لا يجوز أخذ ولا طلب فوائد على متجمد الفوائد إلا إذا كان مستحقاً عن سنة كاملة » .
(٥٨ الوسيط - ج ٢)

اللبناني المادة ٧٦٨ (١).

ويتبين من هذه النصوص أن هناك حالات أربعاً يجوز فيها النزول عن الحدود المقررة : (١) تسبب الدائن بسوء نية في إطالة أمد النزاع (٢) الفوائد التأخيرية بعد رسو المزاد (٣) زيادة مجموع الفوائد على رأس المال (٤) الفوائد على متجمد الفوائد ، أي الربح المركب (anatocisme) . وتتناول على التعاقب كلا من هذه الحالات .

٥١٧ — تسبب الدائن بسوء نية في إطالة أمد النزاع : لم يستحدث

التقنين الجديد هذا الحكم استحداثاً تاماً ، فقد كان القضاء المصري يسير على مقتضاه . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « وقدما فطنت محكمة الاستئناف الأهلية إلى هذا التطبيق ... فهو من هذه الوجهة ليس بالجديد كل الجدة بالنسبة للقضاء المصري (٢) » .

(١) التقنينات المدنية للعربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٣٠ - ٢٣١ و ٢٣٢ (مطابقة للمواد ٢٢٩ - ٢٣٠ و ٢٣٢ من التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا أن المادة ٢٣١ من التقنين المدنى السورى لا تذكر ما إذا كانت خزانة المحكمة ملزمة بالفوائد بسبب إيداع الثمن فيها) .
التقنين المدنى العراقى م ١٧٣ فقرة ٣ و ١٧٤ (مطابقتان للمادتين ٢٢٩ و ٢٣٢ من التقنين المدنى المصرى فيما عدا أن المادة ١٧٣ فقرة ٣ عراقى تكتفى بخطأ المدين ولا تشترط سوء نيته . ولا مقابل فى التقنين العراقى للمادة ٢٣٠ من التقنين المصرى) .
التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٣٢ - ٢٣٣ و ٢٣٥ (مطابقة للمواد ٢٢٩ - ٢٣٠ و ٢٣٢ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود البناني م ٧٦٨ : يجوز أن تؤخذ فائدة عن فوائد رأس المال إما بإقامة دعوى ، وإما بمقتضى عقد خاص منشأ بعد الاستحقاق . وفى كلا الحالين يشترط أن تكون الفوائد المستحقة عائدة إلى مدة لا تقل عن ستة أشهر ، ذلك مع الاحتفاظ بالقواعد والعادات المختصة بالتجارة . (وحكم الربح المركب هنا كحكمه فى التقنين المدنى المصرى السابق وفى التقنين المدنى الفرنسى ، فيما عدا أن المدة التى تتجمد فيها الفوائد هى هنا ستة أشهر بدلا من سنة هناك : انظر الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى البناني ص ٣٣) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤ - وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يجوز للمحكمة أن ترفض إعطاء الدائن الفوائد القانونية إذا رأت أنه أجرى إجراءات غير لازمة للدعوى ، واتبع طرقاً أوجبت الإطالة بلا فائدة (١٠ مارس سنة ١٨٩٦ والحقوق ١١ ص ١٧٥) . ومن ثم يجوز اعتبار نص المادة ٢٢٩ نصاً مفسراً إذ هو يقن أحكام القضاء المصرى ويمجرى على مقتضى القواعد العامة ، فيكون له إذن أثر رجعى .

والمبدأ الذى يقوم عليه هذا الحكم لا تمكن المنازعة فيه ، فهو مبدأ التعسف فى استعمال الحق . والدائن إذا تسبب بسوء نية فى إطالة أمد النزاع ، فهو إنما يتعسف فى المطالبة بحقه وفى استعمال الإجراءات التى وضعها القانون تحت تصرفه للوصول إلى هذا الحق . فبدلاً من أن يقصد الوصول إلى حقه ، يعتمد إلى إطالة أمد النزاع حتى تراكم الفوائد على المدين ، فيكون هو الرابع من جراء هذا التعسف . فأراد المشرع أن يرد عليه قصده بجرمانه من هذه الفوائد ، كلها أو بعضها ، عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر .

ونرى من ذلك أن تطبيق هذا الحكم يقتضى توافر شرطين :

(الشرط الأول) إطالة الدائن أمد النزاع بلا مبرر . مثل ذلك أن يلجأ الدائن ، بغرض إطالة أمد النزاع ، إلى إنكار إمضائه الموضوع على مخالصة صدرت منه بجزء من حقه ، أو إلى الطعن فى هذه المخالصة بالتزوير ، أو إلى الإكثار من الدفع الكيدية ، أو إلى رد القضاة وما إلى ذلك ^(١) . وليس من الضروري أن يرفع الدائن خصومة إلى القضاء ، بل يكفى أن يلجأ فى المطالبة بحقه إلى إجراءات لا مبرر لها لإطالة أمد النزاع ^(٢) . مثل ذلك أن يكون سريان الفوائد يكفى فيه إعدار المدين ، فيعذر الدائن حتى تسرى الفوائد ، ثم يقف عند ذلك ، ويرفض قبول الدين دون سبب مشروع عندما يعرضه المدين ، فيضطر المدين إلى العرض الحقيقى ، فيعمد الدائن إلى إطالة إجراءات هذا العرض ، وهكذا .

(الشرط الثانى) سوء نية الدائن . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٢٩ مدنى لا يتطلب سوء النية ، ويكتفى بالخطأ ، فكان صدر المادة يجرى على الوجه الآتى : « إذا تسبب الدائن ، وهو يطالب بحقه ، فى إطالة أمد النزاع بخطئه ... » . فلوحظ فى لجنة مجلس الشيوخ أن هذا النص لا مقابل له فى التشريعات الأجنبية ، وأضافت اللجنة شرط سوء النية لأن الاقتصار على مجرد الخطأ يجعل النص يتسع لفروض لا يحسن فيها توقيع هذا الجزاء ^(٣) . فلا يكفى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٩ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٩ . وانظر آنفاً فقرة ٥٦٦ فى الهامش . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « على أن انتفاع المدين بحكم هذه المادة مشروط =

ذن أن يكون الدائن قد أخطأ في إطالة أمد النزاع خطأ عادياً ، بل يجب أن يكون قد تعمد إطالة أمد النزاع حتى تراكم الفوائد على المدين . فيكون النص إذن تطبيقاً واضحاً لنظرية التعسف في استعمال الحق . وقد رؤى اشتراط سوء النية لأن النتائج التي يربتها القانون على عمل الدائن نتائج خطيرة ، إذ يسقط حقه في الفوائد ، فلم يجعل هذه النتائج مرهونة بخطأ بسيط من الدائن ، يسهل على المدين دائماً أن ينسبه إلى الدائن بمجرد أن يطول أمد النزاع . ولا نميل إلى القول بأن الخطأ الجسم هنا يلحق بسوء النية ، لأن النص لا يذكر إلا سوء النية ، وأراد من وراء ذلك أن يتشدد حتى لا يهدر حق الدائن في الفوائد إلا جزاء وفاقاً لسوء نيته ، ومن ثم لا يكفي إثبات الخطأ الجسم .

هذا والمدين هو الذى يحمل عبء إثبات الشرطين معاً : إطالة أمد النزاع بلا مبرر وسوء نية الدائن . ومتى تم له إثبات ذلك ، كان للقاضي أن يخفض الفوائد إلى حد معقول ، بل كان له ألا يقضى بها إطلاقاً ، وذلك عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر ، ولا ينسحب أثر التخفيض أو الإسقاط إلا عن هذه المدة (١) . فهناك خطأ مشترك (erreur commune) : المدين تأخر في الوفاء بالتزامه ، والدائن أطال هذا التأخر باطالته أمد النزاع (٢) . والخطأ المشترك من شأنه أن يخفف المسؤولية ومظهر التخفيف هو التخفيض من الفوائد ، أو بعدمها إذا وصل خطأ الدائن من جراء سوء نيته إلى حد استغراق خطأ المدين ومظهر انعدام المسؤولية هو إسقاط الفوائد .

والفوائد التي يخفضها القاضي أو لا يقضى بها إطلاقاً ، عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر ، قد تكون فوائد قانونية أو فوائد اتفاقية ، وهي دائماً فوائد تأخيرية لأن المفروض أن الدين قد حل ويطيل الدائن

= بإقامة الدليل على وقوع خطأ من الدائن ... » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤) .
وواضح أن هذا يتمشى مع نص المشروع التمهيدى الذى كان يقتصر على اشتراط الخطأ ، لا مع النص النهائى الذى يشترط سوء النية .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢

ص ٥٩٤ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢

ص ٥٩٤ .

أمد النزاع فيه حتى تراكم الفوائد ، فلا يمكن أن تكون هذه الفوائد إلا فوائد تأخيرية (١) .

٥١٨ - الفوائد التأخيرية بعد رسو المزاد : هذا الحكم استحدثه

التقنين الجديد في ضوء تجارب الماضي (٢) . فقد كان المدين ، في عهد التقنين المدني السابق ، بعد رسو المزاد وطوال إجراءات التوزيع ، يبقى ملتزماً بدفع الفوائد التأخيرية عن الديون التي تدرج في قائمة التوزيع . وتطول إجراءات التوزيع عادة ، وقد تستغرق سنوات ، والفوائد التأخيرية تراكم على المدين وهو لا يبدله في ذلك ولا يملك دفع هذا الأذى عن نفسه . ومن ثم جاء التقنين المدني الجديد بهذا الحكم المستحدث لدفع المضرة عن المدين .

وتقضى المادة ٢٣٠ - وقد مر ذكرها - بأن الفوائد التأخيرية لا تسرى بسعرها المقرر ، سواء كان السعر القانوني أو السعر الاتفاقي ، إلا إلى وقت رسو مزاد المال الذي يباشر الدائن إجراءات التنفيذ عليه لاستيفاء حقه . ثم تقف هذه الفوائد التأخيرية بالسعر المقرر . ولا تنتج الديون التي ينفذ بها على أموال المدين فوائد تأخيرية بعد رسو المزاد ، إلا إذا كان الراسي عليه المزاد ، أو كانت خزانة المحكمة بسبب إيداع الثمن فيها ، يلتزم أحد منهما بدفع فوائد على هذا الثمن ، ولا تتقاضى فوائد التأخير إلا في حدود المستحق من هذه الفوائد في ذمة الراسي

(١) ويذهب الدكتور المحمصاني في كتابه آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني (ص ٣٦) إلى أنه يجوز أن يطبق في لبنان حكم تخفيض الفوائد أو إسقاطها لإطالة أمد النزاع بسوء نية ، دون حاجة إلى نص في ذلك ، إذ يقول : «ونرى أن ذلك جائز أيضاً في لبنان ، وفاقاً للمبادئ العامة ، لا سيما وفاقاً لمبدأ سوء استعمال الحقوق المنصوص عليه في المادة ١٢٤ من قانون الموجبات ، ووفقاً لتطبيقات هذا المبدأ العديدة في قانون أصول المحاكمات المدنية التي توجب الحكم بتعويض على من يقدم ، عن نية سيئة ، على إقامة أية دعوى أو على المعارضة في أي طلب ظهرت صحته (م ٣١) » .

(٢) نذكر للتاريخ أن صاحب الفكرة في هذا النص هو القاضي استنويت (stenuit) ، وكان يعمل في لجنة تنقيح التقنين المدني على ما مر . وقد أفنى إلينا أن خبرته كقاض في المحاكم المختلطة دلت على أن الفلاح المدين يحمل غرضاً فادحاً من جراء بطل إجراءات التوزيع ، فقد تطول هذه الإجراءات زمناً طويلاً ، ولا ذنب له في ذلك ، فتراكم عليه فوائد الديون طوال المدة التي تسير فيها إجراءات التوزيع . فصينغ هذا النص دفعاً لهذا العبء الثقيل عن عاتق المدين .

عليه المزاد أو في ذمة خزانة المحكمة . وبهذا تخفض فوائد التأخير متى كان سعر الفائدة المستحقة قبل الراسى عليه المزاد أو قبل خزانة المحكمة أقل من سعر الفائدة الواجبة على المدين، وهذا ما يقع في الكثرة الغالبة من الأحوال . وتوزع هذه الفوائد التأخيرية — في الحدود المتقدمة الذكر — بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن مرتين أو ذى حق امتياز ودائن عادى .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى ختام عبارتها فى هذا الصدد : « وغنى عن البيان أن هذا الحكم يعدل كل العدل بحقوق المدين ، ويكفل له من الحماية ما يؤمنه من بطء إجراءات التنفيذ . ثم إنه يحمى الدائنين بعضهم من البعض الآخر ، من طريق تحقيق المساواة بينهم فى توزيع الفوائد المستحقة قبل الراسى عليه المزاد وقبل الخزانة ، إذ تقسم بينهم جميعاً قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن مضمون حقه ودائن لاضمان له^(١) .

٥١٩ - زيادة مجموع الفوائد على رأس المال : رأينا أن المادة ٢٣٢

مدنى تقضى بأنه لا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية . وفى هذا النص إمعان من جانب التقنين المدنى الجديد فى كراهية الربا ، إذ هو يستحدث قيداً جديداً على الفوائد لم يكن فى التقنين المدنى السابق ، وليس له نظير فى التقنينات الغربية . والواقع من الأمر أن المشروع التمهيدى كان خالياً من هذا النص ، وسار المشروع فى اللجان والهيئات المختلفة حتى وصل إلى لجنة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩١ — ولما كان هذا الحكم مستحدثاً ولما كان يعتبر من النظام العام لأنه يتعلق بنظام الفوائد ، فإنه يسرى من وقت نفاذ التقنين المدنى الجديد ، أى ابتداء من ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، على الديون التى لم تقفل فيها قوائم التوزيع ، وتسرى الفوائد الأصلية عن المدة السابقة على هذا التاريخ .

ويذكر الدكتور صبحى المحمصانى أن هذا الحكم معمول به فى لبنان دون نص ، فهو يقول : « وعلى الرغم من أن القانون اللبنانى لم ينص على مثل هذا المبدأ صراحة ، فإن العمل فى دوائر الإجراء ، لا سيما فى بيروت ، هو موافق له ، إذ أن الفائدة ترصد حتى تاريخ الإحالة القطعية فى البيع الجبرى لتمهيداً لإجراء معاملة التوزيع بين الدائنين » (آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٣٢) .

مجلس الشيوخ . وفي هذه اللجنة أضيف النص قيداً جديداً على الربا (١) ، واستحدثت اللجنة في النص ذاته تحريم تقاضي فوائد على متجمد الفوائد قيداً آخر ، وجاوزت في القيد أحكام التقنين السابق وأحكام كثير من التقنينات الغربية .

فالقاعدة إذن أن مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن من مدينه لا يصح في حال أن يزيد على رأس المال . وقد جاء في تقرير لجنة مجلس الشيوخ في هذا الصدد أن اللجنة قد راعت « أن من المصلحة أن يحال بين الدائن وبين استغلال الدين باقتضاء فوائد تجاوز مقدار الدين نفسه ، وبحسب الدائن أن يكون قد اقتضى فوائد تعادل رأس ماله . وقد أخذت بهذا الحكم دول أخرى منها سورية والعراق (٢) » .

ومجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن يتناول الفوائد بجميع أنواعها : الفوائد التعويضية والفوائد التأخيرية بالسعر الاتفاقي وبالسعر القانوني . فلو أن شخصاً اقترض من مصرف ألفاً من الجنيهات بسعر اتفاقي مقداره ٧ ٪ لمدة عشر سنوات ، ولم يسدد من دينه شيئاً طوال هذه المدة ، وحل أجل الدين فتأخر في الوفاء سبع سنوات أخرى ، فإن مجموع الفوائد التعويضية والتأخيرية التي تراكت عليه بالسعر الاتفاقي هو ١١٩٠ جنيهاً ، وهذا المجموع يزيد على رأس المال بمقدار ١٩٠ جنيهاً . فلا يجوز للدائن في هذه الحالة أن يتقاضى من مجموع الفوائد التي تراكت أكثر من ألف من الجنيهات ، وهو ما يساوي رأس المال ،

(١) ونذكر هنا أيضاً للتاريخ أنه لما عرض على لجنة مجلس الشيوخ القيود الكثيرة المختلفة التي وضعها التقنين المدني الجديد على الربا ، أرادت اللجنة الاستزادة منها . فذكرت ما كنت أعلمه من أن العراق وسورية ورثتا عن القوانين العثمانية قاعدة تقضي بأنه لا يجوز أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، فبادرت اللجنة إلى إدماج هذه القاعدة في نصوص التقنين الجديد هي وتحريم الفوائد المركبة ، وجعلت القاعدتين في نص واحد مستحدث .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٧ — والأصل في هذا الحكم هو المادة ٤ من قانون المراجعة العثماني ، وتقضى بعدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال . وطبقت القاعدة في العراق وسورية ولبنان لما كانت هذه البلاد جزءاً من الامبراطورية العثمانية ، ثم لما استقلت أدخلت القاعدة في كل من التقنين المدني العراقي والتقنين المدني السوري عن طريق التقنين المدني المصري الذي استقى القاعدة هو نفسه من قانون المراجعة العثماني . ويذكر الدكتور صبحي المحمصاني (آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣١-٣٢) أن هذه القاعدة لا تزال سارية في لبنان بحكم قانون المراجعة العثماني .

ويضيع عليه من الفوائد مائة وتسعون جنيهاً . وليس في هذا الحكم حماية للمدين فحسب ، بل هو ينطوي أيضاً على معنى العقوبة للدائن ، إذ أنه أما أن يكون قد أهمل في تقاضي حقه ، أو تعمد ألا يتقاضاه حتى تراكم الفوائد على المدين (١) .

ويرد على هذا الحكم القيدان الآتيان :

(أولاً) أن النص استثنى ما تقضى به القواعد والعادات التجارية . مثل ذلك الحساب الجارى ، وسيأتى أنه يجوز فيه تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وأن سعر الفائدة التجارية فيه غير مقيد بمحد معين . فيحتمل إذن أن يزيد مجموع الفوائد في نهاية الحساب على رأس المال ، ويكون ذلك جازاً تمشياً مع القواعد والعادات التجارية (٢) .

(١) وهذه القاعدة التى تقضى بأن مجموع الفوائد لا يجاوز رأس المال تعتبر من قواعد النظام العام ، ومن ثم يبرى نص المادة ٢٣٢ من وقت نفاذ التقنين المدنى الجديد . فإذا كانت هناك عقود أبرمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تجعل للدائن حقاً في تقاضى مجموع من الفوائد يزيد على رأس المال ، فادفع من الفوائد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لا يرد ولو زاد على رأس المال . أما منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فلا يجوز أن يكون مجموع الفوائد التى تقاضاها الدائن في الماضى مع الفوائد التى يتقاضاها في المستقبل أكثر من رأس المال . فإذا فرض أن شخصاً اقترض مبلغاً مقداره ١٠٠٠ جنيه بسعر ٨ ٪ في يناير سنة ١٩٤٠ لمدة عشرين سنة ، وبقي يسدد الفوائد إلى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم استمر بعد ذلك يسدها بسعر ٧ ٪ ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، حتى وصلت جملة مادفعه من الفوائد منذ بداية القرض ألفاً من الجنيهات ، فإنه لا تجب عليه بعد ذلك أية فوائد . ولو أن هذا الشخص اقترض هذا المبلغ (١٠٠٠ جنيه) بهذا السعر (٨ ٪) في يناير سنة ١٩٣٥ لمدة عشرين سنة ، فإنه يكون قد دفع حتى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ من الفوائد أكثر من ١٠٠٠ جنيه ، فينقطع منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ عن دفع أية فوائد ، ولكنه لا يسترد ما دفعه قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ زائداً على ١٠٠٠ جنيه .

(٢) وقد صدر من محكمة مصر الكلية ، في ٢٥ أبريل سنة ١٩٥٥ ، في القضية رقم ٥٨١٨ لسنة ١٩٥٣ ، حكم لم ينشر بعد يقضى بأن العادات التجارية في القروض طويلة الأجل ، تسمح بمجاوزة مجموع الفوائد لرأس المال . وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتى : « وحيث إن المشرع لاحظ في النص على عدم الإخلال بالقواعد والعادات التجارية أن للعرف السائد قوة القانون المسنون ، وأنه لا بد من عدم المساس بأحكام المعاملات التى جرى بها العرف من قديم الزمان ، ومنها القروض طويلة الأجل التى تعقدها المصارف والشركات في نطاق نشاطها المألوف . ولا يمكن بحال أن يكون الشارع قد قصد القضاء على الائتمان الطويل ، ومحاربة القائمين به ، على ما يؤديه =

(ثانياً) زيادة مجموع الفوائد على رأس المال ممنوعة في الصفقة الواحدة ، لا في مجموع الصفقات إذا تعددت . فإذا اقترض شخص مبلغاً من النقود بفائدة ، وتراكت الفوائد ، ثم قطع المدين حساب هذا القرض ، وعقد مع المقرض قرضاً آخر أدخل فيه رصيد القرض الأول ، كان لكل قرض حسابه ، ولا يجوز أن يزيد مجموع الفوائد على رأس المال في كل من القرضين ، ولكن تجوز زيادة مجموع الفوائد في القرضين معاً على رأس المال في أى قرض منهما . على أنه يجب ألا يكون في ذلك طريق للتحايل على حكم القانون ، فيعمد الطرفان إلى تجزئة القرض الواحد إلى قرضين تجزئة صورية الغرض منها أن يجاوز مجموع الفوائد رأس المال .

على أن الحكم الذى نحن بصدده — عدم مجاوزة مجموع الفوائد رأس المال — ليس بالقيد الخطير في الصفقات العادية . إذ يندر في هذه الصفقات أن يصل الدائن من الإهمال في تقاضى الفوائد إلى حد أن تتراكم فتجاوز رأس المال . ويسهل دائماً على الدائن أن يتفادى هذه النتيجة بتحديد مدة معقولة لحلول أجل الدين ، ثم إذا حل أجله لا يترأخى في المطالبة به إلى الحد الذى تتراكم فيه الفوائد فتزيد على رأس المال . وفي هذا مصلحة لكل من الدائن والمدين : الدائن يتفادى أن يضيق عليه شيء من الفوائد ، والمدين لا يترك له الحبل على الغارب فيستسلم إلى تهاونه ، بل تحفزه مطالبة الدائن إلى السعى في سداد دينه فلا تتراكم الفوائد عليه (١) .

= هذا الاثنان من خدمات جلية للاقتصاد القومى ، ومع ما يتسم به من طابع التيسير على المدينين . ولكن الشارع قصد — فحسب — منع المرايين المحترفين من استغلال الضعفاء على صورة كريمة مقنونة ، فعمل على حمايتهم في هذه الصورة وفي هذه الظلال . ولم يفته الاحتياط لأثر العادة التجارية ، بما يحفظ كيان الأوضاع الاقتصادية في البلاد .

ولكن صدر قبل ذلك ، من محكمة مصر الكلية أيضاً ، حكمان يقضيان بعكس هذا رأى : صدر الأول في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥١ في القضية رقم ١٤١٩ لسنة ١٩٥١ ، وصدر الثانى في نفس هذا التاريخ في القضية رقم ٢٥٣٠ لسنة ١٩٥١ ، وتأييد هذا الحكم الثانى من محكمة استئناف مصر في ٥ مارس سنة ١٩٥٣ في القضية رقم ٦٩/١٧ — وسنعرض في الحاشية التالية إلى القروض طويلة الأجل .

(١) غير أن هناك نوعاً من القروض قد تستعصى طبيعتها على هذا التدبير ، وهى قروض الإنتاج طويلة الأجل . وتتميز هذه القروض بخصيصتين : (١) ينتفع المقرض بالقرض للإنتاج لا للاستهلاك . فهو إما مزارع يريد إصلاح أرضه البور ، أو مالك أرض فضاء يريد البناء

٥٢٠ - الفوائد على منجمد الفوائد أو الأرباح المركبة : تقضى

المادة ٢٣٢ مدني ، كما رأينا ، بأنه لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية . ولم يكن هذا هو الحكم في المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد . بل كانت المادة ٣١٠ من هذا المشروع تقضى بأن الفوائد على متجمد الفوائد تكون مستحقة إذا طوّل بها

= عليها ، أو نحو ذلك ، فيقتضى مبلغاً كبيراً من المال لمشروعه الإنتاجي من مصارف الائتمان العقاري تخصصت لهذا الغرض . (٢) يكون القرض ذا أجل طويل ، وينبغي أن يكون كذلك ، فإن المقرض إنما يقرض كما قدمنا للإنتاج لا للاستهلاك ، فيعتمد في سداد أقساط الدين على غلة ما أنتجه ، مع استبقاء شيء من هذه الغلة لنفسه ليكون مورد عيشه ، فلا بد إذن أن يكون القرض طويل الأجل . ويصل الأجل في كثير من الأحوال إلى عشرين سنة ، بل إلى ثلاثين وأربعين وخمسين في حالات غير قليلة .

وقد جرت عادة مصارف الائتمان العقاري أن تجعل المدين يسدد الدين على أقساط متساوية طوال مدة القرض ، فيسدد في كل قسط الفوائد مع جزء من رأس المال يزيد تدرجاً كلما قل ما يجب دفعه من الفوائد . وقد يزيد مجموع ما يدفعه المدين من الفوائد في هذه القروض طويلة الأجل على رأس المال ، فلا بد إذن ، إذا أريد الإبقاء على هذه القروض الإنتاجية النافعة ، من استثنائها بتشريع خاص من حكم المادة ٢٣٢ من التقنين المدني ، وذلك إذا لم يستقر قضاؤنا على جعلها مستثناة من حكم هذه المادة تطبيقاً للعادات التجارية على ما رأينا . ويلاحظ فوق ذلك أن مصارف الائتمان العقاري تقتضى هي نفسها — في صورة سندات تصدرها — نقوداً لآجال طويلة تدفع عنها فوائد قد يزيد مجموعها على رأس المال ، ثم تقرض هذه النقود لعملائها ، فهي تقوم في الواقع من الأمر بدور الوسيط بين المقرض والمقرض . ثم إن الحكومة والأشخاص المعنوية العامة (كالبلديات) قد تعقد قروضاً طويلة الأجل يزيد مجموع الفوائد فيها على رأس المال ، ويقع ذلك كثيراً في الإيرادات المؤبدة . وهناك ظروف تضطر فيها الحكومة إلى التقدم لمساعدة أصحاب الأراضي الزراعية بتسوية ديونهم العقارية إلى آجال طويلة يزيد فيها مجموع الفوائد على رأس المال ، كما وقع ذلك في قوانين التسويات العقارية سنة ١٩٣٣ وسنة ١٩٣٦ وسنة ١٩٤٢ — كل هذا من شأنه أن يجعل للقروض طويلة الأجل مركزاً خاصاً يبرر استصدار تشريع استثنائي بشأنها في المعنى المتقدم . وقد أعدت الحكومة بالفعل مشروعاً بقانون في هذا المعنى ، ولكنه لا يزال مشروعاً حتى كتابة هذه السطور .

وغنى عن البيان أنه يجب أن تستبقى في التقنين المدني القاعدة الأصلية — وهي عدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال — لمواجهة حالة المراتب المحترف الذي يمد لمدينه في أسباب تأجيل سداد الدين ليستمر في أخذ الفوائد ، فيصل من وراء ذلك إلى تقاضى رأس ماله أضعافاً مضاعفة . ويبقى التشريع الخاص بالقروض طويلة الأجل ، إذا صدر ، تشريعاً استثنائياً يعالج حالة الائتمان العقاري وحدها .

قضائياً أو تم الاتفاق عليها بعد استحقاق الفوائد المتجمدة ، على أن يبلغ المتجمد في الحالتين فوائد سنة على الأقل . فكانت الفوائد على متجمد الفوائد (anatocisme, capitalisation des intérêts) جائزة إذن في حالتين : (١) إذا تجمدت الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، لمدة سنة على الأقل ، ثم طالب الدائن المدين قضائياً بفوائد على هذه الفوائد ، فتصبح الفوائد المتجمدة في هذه الحالة عن طريق المطالبة القضائية بمثابة رأس مال ينتج بدوره فوائد قانونية . (٢) إذا تجمدت الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، لمدة سنة على الأقل ، ثم اتفق الدائن والمدين على جعل هذه الفوائد المتجمدة تنتج فوائد بسعر معين ، فتصبح الفوائد المتجمدة في هذه الحالة أيضاً ، عن طريق الاتفاق ، بمثابة رأس مال ينتج بدوره فوائد اتفاقية^(١) . وقد كان هذا هو أيضاً ، بوجه عام ، حكم التقنين المدني السابق (انظر م ١٢٦/١٨٦)^(٢) .

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « لم يغيب عن المشروع ما للفوائد المركبة من بالغ الأثر في زيادة أعباء المدين ، ولا سيما بعد أن عمدت بعض التقنيات الحديثة إلى تحريمها . . . بيد أنه رأى إباحتها بشروط ثلاثة فاشترط أن تكون واجبة الأداء ، وأن تكون مستحقة عن سنة على الأقل ، وأن يتم الاتفاق على التجميد أو يطالب به الدائن قضائياً بعد أن يصبح ما يراد تجميده منها مستحق الأداء — قارن المادة ١٢٦/١٨٦ من التقنين المصرى (السابق) ويظهر أنها تبيح الاتفاق على التجميد قبل حلول الفائدة ، وقد جرى القضاء أن المصرى والفرنسى على ذلك خلافاً لرأى الفقه فى فرنسا — ولا يشترط فى هذا الصدد حلول أجل الوفاء برأس المال المنتج لتلك الفوائد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٨ — ص ٥٩٩) .

(٢) انظر فى فوائد الفوائد أو الربح المركب فى التقنين المدنى السابق الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٣ — استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٥/٤٧ و ٢/١٢١/٦ — مصر الكلية الوطنية ٨ يوليه سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٣١٤ — استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٥٤ — ٣ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٣٨ — ٧ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٣ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٢ — ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٧ . ولم يكن يشترط عدد كامل من السنين تتجمد فيه الفوائد ، فكسور السنة تتجمد فوائدها إن أضيفت إلى فوائد سنة أو سنتين أو أكثر (بور سعيد الوطنية ١٤ أغسطس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٣٠٣) . على أن المدة التى تتجمد فيها الفوائد ليست بذات أثر كبير ، فقد حسب الأستاذان بودرى وبارد (جزء أول فقرة ٥٣٤) أنه إذا جمدت الفوائد كل سنة ، بسعر ٥ ٪ ، تضاعف رأس المال فى ٢١ و ١٤ سنة ، وإذا كان تجميدها كل شهر تضاعف رأس المال فى ٩٣ و ١٣ سنة ، وإذا كان التجميد كل أسبوع تضاعف رأس المال فى ٧٨ و ١٣ سنة ، فالفرق فى المدد التى يتضاعف فيها رأس المال ليس إذن بكبير . =

وسار المشروع التمهيدى فى مراحلہ المختلفة ، حتى وصل إلى لجنة مجلس الشيوخ ، فرأت هذه اللجنة تحريم الفوائد على متجمد الفوائد إطلاقاً ، مقتدية فى ذلك ببعض التقنينات الحديثة^(١) ، وهذا هو الرأى الذى استقر فى التقنين المدنى الجديد^(٢) . والواقع أن تقاضى فوائد على متجمد الفوائد لا يخلو من الخطر ، فإن رأس المال إذا أقرض بسعر $\frac{4}{\%}$ ، تضاعف إذا كان الربح بسيطاً فى ٢٥ سنة ، وهو يتضاعف إذا كان الربح مركباً فى ١٩ سنة فقط . وإذا أقرض بسعر $\frac{5}{\%}$ ، تضاعف فى ٢٠ سنة إذا كان الربح بسيطاً ، وفى ١٤ سنة إذا كان الربح مركباً . وإذا أقرض بسعر $\frac{7}{\%}$ تضاعف فى ١٤ سنة فى حالة الربح البسيط ، وفى ١٠ سنوات فى حالة الربح المركب . فالفرق كبير إذن بين الربح المركب والربح البسيط ، وقد أحسن التقنين المدنى الجديد صنعا فى تحريم الأرباح المركبة^(٣) .

= وكان يشترط فى عهد التقنين المدنى السابق أن تكون المطالبة القضائية بعد تجمد الفوائد لاقبل التجمد (استئناف مخطط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧٤ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ — مصر الكلية الوطنية ٨ يولييه سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٣١٤) . أما بالنسبة إلى الاتفاق فكان يجوز أن يتم الاتفاق قبل تجمد الفوائد (استئناف أهل ١٨ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٤٧ — استئناف مخطط ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٢ — أول يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥٣ — ٧ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٣) . وفى فرنسا يميز القضاء الاتفاق مقدماً قبل تجمد الفوائد ، ولكن الفقه لا يميز الاتفاق إلا بعد أن تتجمد الفوائد ، ويحتج بنص المادة ١١٥٤ من التقنين المدنى الفرنسى وهى تقضى بعدم جواز الاتفاق على تجمد الفوائد إلا بعد استحقاقها (les intérêts échus des capitaux) (الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٣ ص ٤٥٧ — وانظر فى الفوائد على متجمد الفوائد فى القانون الفرنسى أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٦٥ — ١٦٩ ص ١٦٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٢٤ — فقرة ٥٤١ — ديموج ٦ فقرة ٤٠٥ — فقرة ٤٢٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقره ٨٨٧ — فقرة ٨٩٠ . (١) انظر تقنين الالتزامات السويسرى م ١٠٥ فقرة ٢ (ومع ذلك انظر م ٣١٤ فقرة ٣) — للتقنين المدنى الألمانى م ٢٨٩ فقرة أولى (ومع ذلك فقد أجاز التقنين المدنى الألمانى التعويض عن تأخر المدين فى الوفاء بفوائد الدين) — التقنين الشيلى م ١٥٥٩ و ٢٢١٠ — وكان قانون جوستينيان والقانون الفرنسى القديم يحرمان تقاضى فوائد على متجمد الفوائد .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٧ — وانظر تاريخ نص المادة ٢٣٢ آنفاً فقرة ٥١٦ فى الهامش .

(٣) ولما كانت قاعدة تحريم الأرباح المركبة التى استحدثها التقنين المدنى الجديد تعتبر من قواعد النظام العام ، فإنها تسمى منذ نفاذ هذا التقنين . ومن ثم فكل اتفاق على فوائد مركبة أبرم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ينتج أثره إلى هذا التاريخ فقط ، وتستحق فوائد على ما تجمد من الفوائد إلى يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ بشرط أن تكون الفوائد قد تجمدت لمدة سنة على =

على أن هناك قيدين يردان على هذا التحريم :

(أولاً) ما تقضى به القواعد والعادات التجارية من جواز الأرباح المركبة في بعض الحالات . وقد ورد في المذكر الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويلاحظ أخيراً أن عرف التجارة قد يقضى بالخروج على النصوص الخاصة بتجميد الفوائد . ومن ذلك مثلاً إجازة تجميد ما يستحق منها عن مدة تقل عن سنة في الحساب الجارى ، دون حاجة إلى اتفاق أو مطالبة قضائية^(١) » .

(ثانياً) الاستحقاقات الدورية غير الفوائد ، كالأجرة والإيرادات المرتبة مدى الحياة^(٢) والاستحقاق في الوقف ، لا تعتبر في حكم الفوائد ، فيجوز تقاضى فوائد عن المتجمد من هذه الاستحقاقات . فإذا اتفق المؤجر مع المستأجر مقدماً على أن تأخر المستأجر في دفع الأجرة عن مواعيدها يستوجب سريان فوائد تأخيرية بسعر معين على ما تأخر من الأجرة ، جاز هذا الاتفاق ، ولا يعترض عليه بأن الأجرة المتجمدة هي بمثابة الفوائد المتجمدة فلا يجوز أن يتقاضى فوائد عليها^(٣) .

= الأقل ، وما يتجمد من الفوائد بعد ذلك لا يتقاضى الدائن عنه أية فوائد طبقاً لقاعدة التحريم الجديدة . وإذا كان استحقاق فوائد الفوائد آتياً عن طريق المطالبة القضائية ، فإذا كانت هذه المطالبة قد تمت قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ حكم للدائن بفوائد على متجمد الفوائد ولو صدر الحكم بعد يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لأن الأحكام تستند إلى يوم رفع الدعوى . أما إذا كانت المطالبة القضائية لم تتم قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فلا يحكم للدائن بفوائد على متجمد الفوائد حتى لو كان الدين الأصل قد عقد قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٩ .

(٢) أما الإيرادات الدائمة فهي تعتبر فوائد عن مبلغ من النقود ، ولا تستثنى من تحريم الأرباح المركبة أو من تقييدها إلا بنص صريح . وهذا للنص لم يكن موجوداً في التقنين المدنى السابق ولم يوجد في التقنين المدنى الجديد . وهو موجود في التقنين المدنى الفرنسى في المادة ١١٥٥ من هذا التقنين . ويبررون في فرنسا استثناء الإيرادات الدائمة من قيود الأرباح المركبة باعتبارين : الاعتبار الأول أنه لا يخشى في الإيرادات المؤبدة أن تتراكم على المدين الفوائد مع رأس المال ، لأن المدين لا يلتزم برد رأس المال إلا في الوقت الذى يختاره هو . والاعتبار الثانى أن القيود الواردة على الأرباح المركبة إنما قصد بها المرابون دون غيرهم ، والمرابون لا يقرضون نقودهم في مقابل إيراد دائم ، بل يقرضونها لأجل (انظر في ذلك بودرى وبارد ١ فقرة ٥٤٢) .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً في هذا المعنى هو الفقرة الثانية من المادة ٣١٠ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « أما الاستحقاقات الدورية غير الفوائد فتعتبر رؤوس أموال =

والذى يميز الفوائد بمعناها الفنى الدقيق عن هذه الاستحقاقات الدورية ،
أن الفوائد هي ريع دورى عن مبلغ من النقود ، أما الاستحقاقات الدورية فهي
إما أن تكون ريعاً دورياً عن رأس مال ليس مبلغاً من النقود^(١) ، وإما أن تكون
نتيجة عن مبلغ من النقود ولكنها ليست بريع دورى^(٢) .

المطلب الثانى

جواز الزيادة على الحدود المقررة

٥٢١ — النصوص القانونية : تنص المادة ٣٢١ من التقنين المدنى

على ما يأتى :

= من حيث استحقاق الفوائد عنها . فحذف هذا النص فى لجنة مجلس الشيوخ (انظر تاريخ نص
المادة ٢٣٢ آنفاً فقرة ٥١٦ فى الهامش) . ولكن يكفى تطبيق القواعد العامة للوصول إلى هذا
الحكم ، وقد ورد فى هذا الصدد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - وقد كان هذا المشروع
يميز الأرباح المركبة بشروط كما قدمنا - ما يأتى : « ويلاحظ أن ما يستحق من الالتزامات
فى مواعيد دورية كالأجرة والإيرادات الدائمة (كذا) أو المرتبة مدى الحياة لا يعتبر من قبيل
الفوائد بمعناها الفنى الدقيق . فيجوز تجميد الأجر والإيرادات وما إليها دون حاجة إلى توافر
الشروط الثلاثة التى تقدم ذكرها . ذلك أن هذه الالتزامات لا تفرق عن سائر ضروب الالتزام
بأداء مبلغ من النقود ، فهى تنتج ما يستحق عنها من الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية أو من
التاريخ المتفق عليه ، ولو وقع الاتفاق قبل أن تصبح بذاتها واجبة الأداء . ولا يشترط فوق هذا
أن يحل أجل الوفاء بها ، أو أن تكون مستحقة عن سنة على الأقل . وكذلك يكون الحكم فى رد
الثمرات والفوائد التى يتولى الغير أداؤها للدائن وفاء لدين المدين - انظر المادة ١١٥٥ من التقنين
المدنى الفرنسى والمادة ١٠٤ من المشروع الفرنسى الإيطالى » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢
ص ٥٩٩) - وانظر فى هذه المسألة فى القانون الفرنسى : أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٦٩ -
ص ١٧١ - بودرى وبارد ١ فقرة ٥٤١ - فقرة ٥٤٥ - ديموج ٦ فقرة ٤٢١ -
فقرة ٤٢٦ مكررة - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٩١ .

(١) وذلك كالأجرة والاستحقاق فى الوقف (الخيرى بعد إلغاء الوقف الأهلى) والثمرات التى
يردها الحائز بسوء نية مع فوائدها .

(٢) وذلك كالإيرادات المرتبة مدى الحياة فأنها ليست بمجرد ريع بل يدخل فيها جزء من رأس
المال - وإذا وفى الغير الفوائد المستحقة على المدين ، فإنه يرجع عليه بما وفاء من هذه الفوائد ،
وتعتبر رأس مال بالنسبة إلى الغير الذى وفاه ، ومن ثم كان له أن يتقاضى فوائد عليها وفقاً
للقواعد العامة (بودرى وبارد ١ فقرة ٥٤١) .

« يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية » .

وتنص المادة ٢٣٣ على ما يأتي :

« الفوائد التجارية التي تسرى على الحساب الجارى يختلف سعرها القانوني باختلاف الجهات ، ويتبع في طريقة حساب الفوائد المركبة في الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجاري »^(١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٢٧/١٨٧^(٢) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢٣٢ و ٢٣٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ١٧٣ فقرة ٢ و ١٧٥ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٣٤ و ٢٣٦ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٦٥ فقرة ثانية^(٣) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٣١ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد ، إذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بغش منه أو بخطأ جسيم » . وأقرت لجنة المراجعة النص تحت رقم ٢٣٨ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « بسوء نية » بعبارة « بغش منه أو بخطأ جسيم » ، تمشياً مع التعديل الذى أجرى في المادة ٢٣٦ (٢٢٩ مدنى) ، وأصبحت المادة رقمها ٢٣١ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٣ — ص ٥٩٥) .

م ٢٣٣ : ورد هذا النص في المادة ٣١١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٤٠ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٨ و ص ٦٠٠) .

(٢) كانت المادة ١٢٧/١٨٧ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتى : « ومع ذلك يجوز أن يختلف قدر الفوائد التجارية في الحسابات الجارية على حسب اختلاف الجهات » . وتنضم الفوائد المتجمدة للأصل في الحسابات الجارية بحسب العوائد التجارية » . ولا فرق في هذا الحكم بين التقنينين الجديد والقديم .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٣٢ و ٢٣٤ (مطابقتان

للمادتين ٢٣١ و ٢٣٣ من التقنين المدني المصرى) .

ويستخلص من النصوص المتقدمة أن هناك حالتين يمكن فيهما أن يتقاضى الدائن فوائد تزيد على الحدود المقررة فيما تقدم : (١) تسبب المدين بسوء نية في إحداث ضرر يجاوز الفوائد (٢) الحساب الجارى .
ونستعرض كلا من هاتين الحالتين :

٥٢٢ - تسبب المدين بسوء نية في اضرار ضرر يجاوز الفوائد :

تقضى المادة ٢٣١ مدنى ، كما رأينا ، بجواز أن يطالب الدائن بتعويض تكميلى يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن المدين قد تسبب بسوء نية في إحداث ضرر يجاوز الضرر الذى جعلت الفوائد تعويضاً له . ونلاحظ منذ الآن أنه قد مر نص مقابل لهذا النص ، هو المادة ٢٢٩ ، وتقضى بأنه « إذا تسبب الدائن ، بسوء نية ، وهو يطالب بحقه ، فى إطالة أمد النزاع ، فللقاضى أن يخفض الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضى بها إطلاقاً ، عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر » .
والتقابل بين النصين واضح : هناك تسبب الدائن بسوء نية فى إلحاق ضرر استثنائى بالمدين ومن ثم جاز للقاضى تخفيض الفوائد ، وهنا تسبب المدين بسوء نية فى إلحاق ضرر استثنائى بالدائن ومن ثم جاز للقاضى زيادة الفوائد . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٣١ يوسع فى النص فيقضى بالتعويض التكميلى فى حالة ارتكاب المدين لغش أو خطأ جسيم ، كما كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٢٩ يكتفى بالخطأ من جانب الدائن فيما مر بنا . فعدلت لجنة مجلس الشيوخ النصين ، وقصرت الحكم فى كل منهما على حالة صدور غش من جانب الدائن أو المدين .

على أن هناك نصاً مر بنا يماثل نص المادة ٢٣١ ، هو المادة ٢٢٥ وتقضى بأنه

= التقنين المدنى العراقى م ١٧٣ فقرة ٢ و ١٧٥ (مطابقتان للمادتين ٢٣١ و ٢٣٣ من التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا أن المادة ١٧٣ فقرة ٢ عراقى تضيف إلى غش المدين خطأه الجسيم) .
التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٣٤ و ٢٣٦ (مطابقتان للمادتين ٢٣١ و ٢٣٣ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود البنائى م ٢٦٥ فقرة ٢ : غير أنه إذا كان المدين سبب سوء النية ، جاز أن يعطى عوض إضافى للدائن الذى أضر به امتناع غير مشروع . (وتوافق فى الحكم حكم المادة ٢٣١ من التقنين المدنى المصرى : انظر الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى البنائى ص ٣٥ — ص ٣٦) .

« إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً » . والتماثل بين النصين هو أيضاً واضح : ففي الحالتين يجاوز الضرر قيمة التعويض المقرر ، وذلك بفعل المدين ، فيكون للدائن الحق في تعويض إضافي . ولا يفرق بين الحالتين إلا أن حالة منهما اتفق فيها المتعاقدان على مقدار التعويض في شرط جزائي ، وفي الحالة الثانية التعويض هو عن مبلغ من النقود سواء اتفق عليه أو كان بالسعر القانوني . ومن أجل هذا التماثل عمد المشروع التمهيدى إلى المساواة في الشروط ما بين الحالتين ، فاشترط في كل منهما غش المدين أو خطأه الجسيم (١) . ولكن لجنة مجلس الشيوخ اعتدت بالتقابل ما بين المادتين ٢٣١ و ٢٢٩ ، دون التماثل ما بين المادتين ٢٣١ و ٢٢٥ ، فحذفت « الخطأ الجسيم » ، واقتصرت على « غش المدين » كما مر القول .

والنص الذى نحن بصدده — المادة ٢٣١ — نص جديد لم يكن له مقابل في التقنين المدنى السابق . ولكن يمكن القول إنه ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة . والمبدأ الذى يقوم عليه النص — كما هو الأمر في المادة ٢٢٩ — هو مبدأ التعسف فى استعمال الحق ، والمدين إذا تسبب بسوء نيته فى إحداث ضرر استثنائى بالدائن فهو إنما يتعسف فى استعمال حقه فى الدفاع ، كما يتعسف الدائن فى استعمال حقه فى المطالبة (٢) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٣ — ص ٥٩٤ .

(٢) بل إن القضاء المصرى ، فى عهد التقنين المدنى السابق كان يقضى بأنه إذا كان للدائن لا حق له إلا فى الفوائد القانونية أو الاتفاقية تعويضاً له عن تأخر المدين فى وفاء ما عليه ، إلا أنه يجوز أن يكون له حق فى تعويضات أخرى غير الفوائد إذا أثبت أنه قد لحقه ضرر خاص من تأخر المدين وبسبب إهماله (مصر الكلية الوطنية ٢٩ مارس سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٥ ص ١٩٢ — الأقصر ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ ص ١٣٠) ، فكان مجرد إهمال المدين يكفى للحكم عليه بتعويض تكميل ، وليس من الضروري أن يكون سوء النية . وقد كان القضاء الفرنسى مستقراً هو أيضاً على هذا المعنى . وصدر فى فرنسا قانون فى ٧ أبريل سنة ١٩٠٠ يسجل هذا القضاء ، ولكنه يشترط سوء نية المدين ، فأصبحت الفقرة الأخيرة من المادة ١١٥٣ من التقنين المدنى الفرنسى (المعدلة بهذا القانون) تقضى بأنه يجوز للدائن ، الذى ألحق به المدين المتأخر فى الوفاء عن سوء نية ضرراً غير مجرد التأخر ، أن يحصل على تعويض = (٥٩ الوسيط — ج ٢)

وتطبيق هذا الحكم يقتضى توافر شرطين :

(الشرط الأول) إحداث ضرر استثنائي بالدائن ، لا يكون هو الضرر المألوف الذى ينجم عادة عن مجرد التأخر فى وفاء المدين بالتزامه . مثل ذلك أن يكون المدين عالماً بأن الدائن ارتبط بالتزام يعتمد فى الوفاء به على استيفائه لحقه من المدين فان لم يستوف هذا الحق كان معرضاً لإجراءات شديدة من دائنيه قد تصل إلى حد شهر الإفلاس ، أو يكون المدين عالماً بأن أمام الدائن صفقة رابحة اعتمد فى إبرامها على استيفاء حقه ففاته الصفة بسبب تأخر المدين فى الوفاء بالتزامه . ففى الحالة الأولى أصاب الدائن خسارة فادحة ، وفى الحالة الثانية فاته ربح كبير^(١) .

(الشرط الثانى) سوء نية المدين : فلا يكفى حدوث الضرر الاستثنائى على النحو المتقدم الذكر ، بل يجب أيضاً أن يكون المدين سىء النية فى عدم الوفاء بالتزامه . ومجرد علمه بالضرر الاستثنائى لا يكفى لثبوت سوء نيته ، بل يجب أيضاً أن يكون قد تعمد عدم الوفاء بالتزامه وهو عالم بما يحدث ذلك لدائنه من الضرر .

والدائن هو الذى يقع عليه عبء إثبات توافر الشرطين : ما لحق به من ضرر استثنائى وسوء نية المدين . ومتى أثبت ذلك ، كان له أن يتقاضى من المدين تعويضاً تكميلياً يضاف إلى الفوائد التأخيرية المستحقة فى ذمة المدين لتأخره

= آخر مستقل عن فوائد الدين (انظر فى القانون الفرنسى فى هذه المسألة أوبرى ورو ؛
فقرة ٣٠٨ ص ١٦٣ - ص ١٦٤ - بودرى وبارد ١ فقرة ٥٠٧ - ديموج ٦ فقرة ٤٠٣ -
فقرة ٤٠٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٩ - بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٥٨٩ ص ٤٢٨
ص ٤٢٩ - انظر أيضاً المادة ١٠٦ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٢٨٨ من التقنين
المدنى الألمانى) . ويشترط هنا أن يكون الضرر غير مجرد التأخر ، أما فى التقنين المدنى المصرى
فقد يكون الضرر ناشئاً عن مجرد التأخر ولكن يجب أن يكون ضرراً استثنائياً غير مألوف
(انظر الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٩١ ص ١١٦) .

(١) ويضرب أوبرى ورو مثلاً : شخص وعد آخر أن يقرضه مبلغاً من النقود حتى يتمكن
من استعمال حق استرداد ، ثم لا يفى بوعده ، فيضيق على صاحب حق الاسترداد حقه . فى هذه
الحالة يرجع الموعد بالقرض على الواعد بتعويض يساوى الضرر الذى أصابه من جراء ضياع
حقه فى الاسترداد ، ولو زاد هذا التعويض على الفوائد التى يقررها القانون (أوبرى ورو ؛
فقرة ٣٠٨ ص ١٦٣ وهامش رقم ٥٠ - انظر أيضاً بودرى وبارد ١ فقرة ٥٠٨) .

في الوفاء بالدين^(١). وهذا التعويض التكميلي هو التعويض عن الضرر الاستثنائي الذي ألحقه المدين بالدائن بسوء نيته ، فيجرب في شأنه قواعد التقدير القضائي للتعويض ، ويقاس بمقدار ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من ربح .

٥٢٣ - الحساب الجارى : وتقضى المادة ٢٣٣ مدنى ، كما رأينا ،

باستثناء الحساب الجارى من بعض القواعد التى تقررت في نظام الفوائد . وهناك قواعد أخرى استثنى منها الحساب الجارى ، وقد مر ذكرها ، فنحصر تلك الاستثناءات وهذه فيما يأتى :

أولاً - من ناحية المطالبة القضائية : لا يشترط في سريان الفوائد التأخيرية بالنسبة إلى الحساب الجارى المطالبة القضائية ، بل ولا الإعذار . فمجرد الخصم والإضافة في الحساب الجارى يجعل الفوائد التأخيرية تسرى دون حاجة إلى أى إجراء آخر^(٢). وقد تقدم ذكر ذلك .

ثانياً - من ناحية السعر القانونى التجارى : وهذا ما تقضى به المادة ٢٣٣ مدنى . فالسعر القانونى التجارى للفوائد التأخيرية هو ، كما قدمنا ، ٥ ٪ . ولكن في الحساب الجارى يختلف هذا السعر ، وفقاً للعرف التجارى ، بحسب اختلاف الجهات . فيقضى بسعر الجهة ، ولو زاد أو نقص عن ٥ ٪ . والحساب الجارى لا يستثنى في هذه الناحية إلا في السعر القانونى التجارى . فلا يستثنى في السعر القانونى المدنى وهو ٤ ٪ ، بل ينطبق هذا السعر عليه . كذلك لا يستثنى في السعر الاتفاقى ، فيبقى الحد الأقصى لهذا السعر ، حتى بالنسبة إلى الحساب الجارى ، هو ٧ ٪^(٣) .

(١) ويلاحظ أن الفوائد لا يمكن إلا أن تكون فوائد تأخيرية كما هو الأمر في صدد المادة ٢٢٩ ، سواء كانت هذه الفوائد التأخيرية بسعر اتفاقى أو بسعر قانونى .

(٢) استئناف مختلف ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٩٢ - ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٧ - ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧٠ - ٨ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٣٩ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٢ - فإذا ما أقفل الحساب الجارى صار رصيده ديناً تستحق عليه الفوائد من وقت إقفال الحساب الجارى (استئناف مختلف ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣١٣ - ١٦ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٣ - ٢٩ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٧٥ - ١١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٩) ، اتفاقية كانت أو قانونية .

(٣) استئناف مختلف ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٤٧ .

ثالثاً — من ناحية تجميد الفوائد وتقاضي فوائد على المتجمد منها : وهنا أيضاً يستثنى الحساب الجارى ، كما تقضى بذلك المادة ٢٣٣ مدنى^(١). فقد رأينا أن الفوائد المركبة محرمة ، ولكن القانون استثنى الحساب الجارى من هذا التحريم. ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى^(٢).

رابعاً — من ناحية عدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال : وقد بينا فيما تقدم أن الحساب الجارى يستثنى من هذا الحظر ، لأن هذا هو ما تقضى به القواعد والعادات التجارية^(٣).

(١) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٧ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٢ .

(٢) ويؤسس بودرى وبارد هذا الاستثناء على مبدأ عدم قابلية الحساب الجارى للتجزئة (indivisibilité du compte courant) ، فلا يصح أن يتجزأ رصيد الحساب الجارى فيعتبر بعض هذا الرصيد فوائد ، بل إن عناصر الحساب الجارى تفقد ذاتيتها وتندمج جميعاً ، بطريق التجديد ، فى وحدة لا تتميز فيها الفوائد عن رأس المال (بودرى وبارد ١ فقرة ٥٤٦) . وهذا التحليل يؤدى إلى استثناء الحساب الجارى من قاعدة تحريم الربح المركب ، حتى لو كان حساباً غير تجارى ، لأن طبيعة الحساب الجارى واحدة ، تجارياً كان الحساب أو مدنياً (بودرى وبارد ١ فقرة ٥٤٩ — ديموج ٦ فقرة ٤٢٧ — فقرة ٤٢٩) .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى صدد استثناءات الحساب الجارى ما يأتى : « ويراعى أن الحساب الجارى خرج من نطاق تطبيق القواعد الخاصة بالفوائد ، وأصبح العرف محكماً فيه . فقد تقدم أنه استثنى من تلك القواعد فيما يتعلق ببده سريان فوائد التأخير وفيما يتعلق بتجميد الفوائد . وقد استثنى منها كذلك فيما يتعلق بسعر الفائدة القانونية التجارية ، فلا يتحتم أن يكون هذا السعر ٥ ٪ ، بل يجوز أن يختلف تبعاً لتفاوت الأسعار الجارية فى الأسواق (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٩) .

وهذه الاستثناءات بالنسبة إلى الحساب الجارى كان معمولاً بها فى التقنين المدنى السابق (انظر الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٣ ص ٤٥٨) .

الجزء الثالث

أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته

ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان

٥٢٤ — أموال المدين ضامنة لالتزاماته — نصوح قانونية :

تنص المادة ٢٣٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه . »

« ٢ — وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٥٥٤ — ٥٥٥ / ٦٧٨ — ٦٧٩ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٣٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٦٠ ، وفي التقنين المدني الليبي

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣١٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٤١ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠١ — ص ٦٠٢) .

وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٢ و ص ٦٠٣ .

(٢) التقنين المدني السابق م ٦٧٨/٥٥٤ : الدائنون على خمسة أنواع : الأول — الدائنون العاديون الذين يستوفون ديونهم من جميع أموال مدينهم بنسبة قدر دين كل واحد منهم ... م ٦٧٩/٥٥٥ : يجوز للدائنين العاديين أن يستوفوا ديونهم من جميع أموال مدينهم ، لكن مع مراعاة الإجراءات المقررة في القانون .

ولا يوجد فرق ما بين التقنينين الجديد والقديم في هذه المبادئ العامة .

المادة ٢٣٧، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٢٦٨— ٢٧١ و ٢٧٥ (١).
ويتبين من النص المتقدم أن الدائنين ينفذون بحقوقهم على أموال المدين .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٣٥ (مطابقة للمادة ٢٣٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٦٠ (مطابقة للمادة ٢٣٤ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٣٧ (مطابقة للمادة ٢٣٤ من التقنين المدني المصري) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٦٨ : للدائن حق ارتهان عام على مملوك المديون لا على أفراد ممتلكاته . وهذا الحق، الذي يكسب الدائن صفة الخلف العام للمديون ، لا يمنحه حق التبعية ولا حق الأفضلية . فالدائنون العاديون هم في الأساس متساوون ، لا تميز بينهم بسبب التواريخ التي نشأت فيها حقوقهم ، إلا إذا كان هناك أسباب أفضلية مشروعة ناشئة عن القانون أو الاتفاق . م ٢٦٩ : لحق ارتهان الدائن خصائص كل منها وسيلة موضوعة رهن تصرفه ليتمكن بها من الحصول على ما يحق له — وبعض تلك الوسائل احتياطي محض ، وبعضها يرمى مباشرة إلى التنفيذ الإجباري . وهناك فئة ثالثة من الوسائل متوسطة بين الفئتين السابقتين ، وضعت لتمهيد سبيل التنفيذ الإجباري وإعداد أسبابه . م ٢٧٠ : إن الوسائل الاحتياطية ، كوضع الاختام وقيد الرهن وقطع مرور الزمن الجاري ، يحق لكل دائن أن يتذرع بها وإن كان حقه معلقاً على أجل أو على شرط . م ٢٧١ : أما وسائل التنفيذ فهي بالعكس لا يجوز للدائن استعمالها إلا إذا كان حقه مستحق الأداء — وأخص تلك الوسائل الحجز التنفيذي ، ومنها أيضاً طريقة التفرير (م ٢٥١) وحق الحبس ، أي حق كل شخص دائن ومديون معاً في معاملة أو حالة واحدة بأن يمتنع عن التنفيذ ما دام الفريق الآخر لم يعرض القيام بما يجب عليه . م ٢٧٥ : إن الوسائل المتوسطة التي تمهد سبيل التنفيذ لحق ارتهان الدائن بدون أن يتم ذلك التنفيذ هي : الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليانية وحق التفريق بين مملوكين .

وهذه النصوص تتفق مع المبادئ العامة التي تراعى في التقنين المدني المصري والتقنينات المدنية العربية، والتي ستوردها فيما يلي . ولكن يلاحظ ما يأتي: (١) صرح التقنين اللبناني أن الدائن خلف عام للمدين، وهذه مسألة فقهية يحسن ألا يعرض لها المشرع . (٢) جعل التقنين اللبناني حق الحبس من وسائل التنفيذ ، وهو أقرب إلى الطرق المتوسطة لأنه يمهد للتنفيذ دون أن يحققه . (٣) ذكر التقنين اللبناني « حق التفريق بين مملوكين » (séparation des patrimoines) بين الوسائل المتوسطة ، وفي هذا يقوم بعض الجدل (انظر دي باج ٣ فقرة ١٧٦ ص ١٩٣) . وهو على كل حال متصل بالميراث في القانون الفرنسي ، وذكره على هذا الوصف بلانيول وريبير وردوان ، وكذلك چوسران ، وسار التقنين اللبناني على غرار چوسران . (٤) أغفل التقنين اللبناني دعوى الصورية ، كما أغفلها التقنين الفرنسي . ولكن هذه الدعوى معترف بها في لبنان ، تطبيقاً للقواعد العامة ولبعض نصوص تقنين أصول المحاكمات المدنية (م ١٦٠—١٦١) ، وانظر أيضاً في الاسم المستعار (prête-nom) المادة ٧٩٩ من تقنين الموجبات والعقود (الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٦٨ — ص ٧١) .

وسواء كان التنفيذ عينياً أو كان بطريق التعويض ، فإن مال المدين هو الذى يكون محلاً لهذا التنفيذ .

فأموال المدين هى إذن الضمان العام (gage commun) للدائنين . ولا يلتبس هذا الضمان العام بالتأمين الخاص الذى يقع على مال معين للمدين لمصلحة أحد دائنيه ، فيقدمه على غيره من الدائنين . فالضمان العام يتساوى فيه كل الدائنين ، ولا يتقدم فيه دائن على آخر . وإنما يتقدم الدائن على غيره إذا كان له تأمين خاص كما قدمنا ، كرهن أو اختصاص أو امتياز ، وهذا ما عنته الفقرة الثانية من النص عند ما قالت : « إلا من كان لهم حق التقدم طبقاً للقانون » . ولكن هذا التقدم لا يستمد من الدائن من الضمان العام ، وإنما يستمد من التأمين الخاص ، وبالنسبة إلى العين التى يقع عليها هذا التأمين وحدها .

ولا يكفل الضمان العام حق التبع لأحد من الدائنين . فإذا باع المدين شيئاً من ماله ، خرج هذا المال من الضمان العام ، ولا يستطيع الدائن العادى أن يتبعه فى يد المشتري كما كان يستطيع لو أن له تأميناً خاصاً على المال (١) . فعقد البيع الصادر من المدين يسرى إذن فى حق الدائن . وقد حمل ذلك بعض الفقهاء إلى القول بأن الدائن يعتبر خلفاً للمدين ، ما دام تصرف المدين ينقص أو يزيد فى الضمان العام (٢) . والصحيح أن الدائن العادى لا يعتبر خلفاً عاماً ولا

(١) وهذه هى إحدى نتائج نظرية الذمة المالية (patrimoine) ، إذ الذمة المالية هى مجموع الحقوق الموجودة أو التى قد توجد والالتزامات الموجودة أو التى قد توجد لشخص معين . فيستخلص من ذلك أن الذمة مجموع (universalité) من المال . ويترتب على أن الذمة مجموع من المال أن يكون للدائنين حق ضمان عام على هذا المجموع لا على مال معين بالذات . وهذا هو الذى يفسر أن الدائن يستطيع التنفيذ على مال للمدين لم يكن ملكاً له وقت نشوء الدين ، فلما دخل فى ملكه اندمج فى المجموع وأصبح أحد عناصره . ويفسر كذلك أن الدائن لا يستطيع التنفيذ على مال كان ملك المدين وقت نشوء الدين وخرج من ملكه وقت التنفيذ ، لأن هذا المال قد انفصل عن المجموع فلم يعد محسوباً ضمن عناصره (انظر مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف ١ ص ١٧ هامش رقم ١ — وانظر جوسران ٢ فقرة ٦٤٩ - ٦٥٠) — ثم انظر فى رفض نظرية الذمة المالية الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٩٥ وكذلك رسالته غير المطبوعة فى نظرية الذمة المالية .

(٢) انظر فى هذا المعنى جوسران ٢ فقرة ٦٤٩ ، وتقنين الموجبات والعقود البنائى

م ٢٦٨ — وانظر عكس ذلك كولان وكايتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٢٢ .

خلفاً خاصاً للمدين . وإنما هو ممن يسرى في حقهم تصرف المدين ، باعتبار أن هذا التصرف واقعة مادية (fait matériel) أنقصت أو زادت في ضمانه العام ، لا باعتبار أنه تصرف قانوني (acte juridique) أنشأ حقاً أو التزاماً في جانبه^(١).

والضمان العام الذي للدائن ينحول له أن يستأدى حقه من أموال مدينه كما قدمنا . وله أن يتخذ على هذه الأموال طرقاً تحفظية وطرقاً تنفيذية وطرقاً هي وسط ما بين الطرق التحفظية والطرق التنفيذية . وهذه الطرق جميعاً إنما تترتب على هذا الضمان العام ، وتقوم على أساسه ، والغرض منها هو تأكيده وتقويته^(٢).

٥٢٥ — الطرق التحفظية والطرق التنفيذية : والأصل أن جميع

أموال المدين يجوز التنفيذ عليها ، ومن ثم يجوز أن تتخذ في شأنها إجراءات تحفظية . على أن هناك بعضاً من هذه الأموال استثناء القانون^(٣) . من ذلك أموال نص القانون على عدم جواز النزول عنها للغير ، كحق الاستعمال وحق السكنى (م ٩٩٧ مدني) ، فلا يجوز إذن التنفيذ على هذه الأموال ولا الحجز عليها . ومن ذلك أموال لا يجوز التنفيذ عليها لأسباب إنسانية ترجع إلى الشفقة بالمدين

(١) وإذا كان الحلف يسرى في حقه تصرف السلف ، فليس كل شخص يسرى تصرف الغير في حقه يعتبر خلفاً له . وإنما الحلف هو أحد الطوائف المتعددة التي يسرى تصرف الغير في حقها . وكما يسرى التصرف في حق الحلف ، يسرى في حق الأصيل وفي حق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير وفي حق الدائن ، وذلك دون أن يعتبر هؤلاء خلفاً .

(٢) انظر المواد ٢٦٩ — ٢٧١ و ٢٧٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني وقد سبق ذكرها (انظر آنفاً فقرة ٥٢٤ في الهامش) .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصوصاً تضع قيوداً على حق الدائن في التنفيذ على أموال مدينه ، هي المواد ٣٢٦ — ٣٣٠ من هذا المشروع . وقد حذفت هذه المواد في لجنة مجلس الشيوخ ، اكتفاء بما جاء في تقنين المرافعات في هذا الشأن . ولكن تقنين المرافعات لم يشمل على هذه المواد جميعاً ، بل أغفل منها المادتين الآتيتين : م ٣٢٧ من المشروع التمهيدى : إذا أثبت المدين أن صافي ما تغله أمواله من إيراد خالص في سنة واحدة يفي بسداد الدين من أصل وفوائد ومصروفات ، وعرض أن يفوض الدائن في استيفاء هذا الإيراد ، جاز إيقاف إجراءات التنفيذ ، على أن يعود إليها الدائن إذا جد ما يحول دون استيفائه لحقه . م ٣٢٩ من المشروع التمهيدى : ١ — إذا كان بعض مال المدين يني بحق الدائن كاملاً ، وجب قصر إجراءات التنفيذ على هذا المال . ٢ — ويبدأ الدائن بالمال الذي يكون يبعه أقل كلفة على المدين . (انظر هذه النصوص ومذكراتها الإيضاحية وأعمالها التحضيرية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٩ — ص ٦٤٦ في الهوامش) .

والرغبة في أن يترك له الكفاف من العيش . وقد نصت المادة ٤٨٤ من تقنين المرافعات على أنه « لا يجوز الحجز على الفراش اللازم للمدين وزوجه وأقاربه وأصهاره على عمود النسب المقيمين معه في معيشة واحدة ، ولا على ما يرتدونه من الشباب » . ونصت المادة ٤٨٥ من هذا التقنين على أنه « لا يجوز الحجز على الأشياء الآتية إلا لاقتضاء ثمنها أو مصاريف صيانتها أو نفقة مقررة : (١) الكتب اللازمة لمهنة المدين وأدوات الصناعة التي يستعملها بنفسه في عمله . (٢) العتاد الحربي المملوك له إذا كان من العسكريين مع مراعاة رتبته . (٣) الحبوب والدقيق اللازمين لقوته هو وعائلته لمدة شهر . (٤) جاموسة أو بقرة أو ثلاث من الماعز أو النعاج مما ينتفع به المدين وما يلزم لغذائها لمدة شهر ، والخيار للمدين » . ونصت المادة ٤٨٦ على أنه « لا يجوز الحجز على ما يحكم به القضاء من المبالغ المقررة أو المرتبة مؤقتاً للنفقة أو للصرف منها في غرض معين ، ولا على المبالغ والأشياء الموهوبة أو الموصى بها لتكون نفقة إلا بقدر الربع وفاء لدين نفقة مقررة » . ونصت المادة ٤٨٧ على أن « المبالغ والأشياء الموهوبة أو الموصى بها مع اشتراط عدم جواز الحجز عليها لا يجوز حجزها من دائني الموهوب له أو الموصى له الذين نشأ دينهم قبل الهبة أو الوصية إلا لدين نفقة مقررة وبالنسبة المبينة في المادة السابقة^(١) » . ونصت المادة ٤٨٨ على أنه « لا يجوز الحجز على أجور الخدم والصناع والعمال أو مرتبات المستخدمين إلا بقدر الربع ، وعند التزامهم بخصص نصفه لوفاء ديون النفقة المقررة والنصف الآخر لما عداها من الديون » . ونصت المادة ٤٨٩ على أنه « لا يجوز للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على مال للمدين لم يخصص لوفاء حقه إلا إذا كان ما خصص للوفاء غير كاف ، وعندئذ يكون التنفيذ على غير المال المخصص بأمر على عريضة من قاضي الأمور الوقفية » . ونصت المادة ٤٩٠ على أن « العمل بالأحكام المتقدمة لا يخل بالقواعد المقررة أو التي تقرر في القوانين الخاصة بشأن عدم جواز الحجز أو التنفيذ أو التنازل » . ومن ذلك قانون الخمسة الأفدنة (القانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ وقد حل محل القانون رقم ٣١ لسنة ١٩١٢) .

وفيما عدا ماتقدم ، يجوز للدائن ، بالنسبة إلى أموال مدينه ، أن يتخذ الطرق

(١) انظر أيضاً المادتين ٨٢٣ — ٨٢٤ من التقنين المدني .

التحفظية والطرق التنفيذية .

والطرق التحفظية على نوعين : (١) طرق يتخذها الدائن بالنسبة إلى حقه الذى يريد التنفيذ به ، أى يتخذه فى ماله . مثل ذلك أن يقطع التقادم بالنسبة إلى هذا الحق حتى يمنع من السقوط ، أو أن يقوم بقيد رهن ضامن للحق ، أو بتجديد لقيد هذا الرهن ، أو يطلب تحقيق إمضاء مدينه على سند الدين ، أو نحو ذلك . (٢) وطرق يتخذها بالنسبة إلى أموال المدين حتى يحافظ عليها من الضياع ، وهى الضمان العام لحقه كما قدمنا . مثل ذلك أن يضع الأختام عليها عند موت المدين أو إفلاسه ، أو أن يحزر محضر جرد بها ، أو أن يتدخل فى إجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه (م ٨٤٢ مدنى) ، أو أن يتدخل خصماً ثالثاً فى الدعاوى التى ترفع من مدينه أو عليه حتى يرقب سير الدعاوى ويمنع تواطؤ المدين مع الخصم لإضراراً بحقوقه^(١) .

أما الطرق التنفيذية فقد تكفل ببيانها تقنين المرافعات . ولا يجوز التنفيذ إلا اقتضاء لحق محقق الوجود معين المقدار حال الأداء (م ٤٥٩ مرافعات) . ويجب أن يسبق التنفيذ حصول الدائن على سند تنفيذى (titre exécutoire) . والسندات التنفيذية هى الأحكام والأوامر والعقود الرسمية والأوراق الأخرى التى يعطيها القانون هذه الصفة . وقد مر بنا أن الصورة التنفيذية للأوراق الرسمية يجوز التنفيذ بها دون حاجة إلى الحصول على حكم . غير أن هناك فرقاً بين التنفيذ بحكم والتنفيذ بورقة رسمية . فالتنفيذ بالحكم لا يعترضه من الصعاب إلا إشكالات التنفيذ المعروفة . أما إذا كان التنفيذ بورقة رسمية فيجوز للمدين ، عند المعارضة فى التنبيه (commandement) الذى يسبق التنفيذ، أن يطعن فى هذه الورقة بالتزوير أو أن يقدم ضدها من الدفوع الشكلية والموضوعية ما يسمح به القانون ، فيرجع

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٩٣ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٥٨ - جوسران ٢ فقرة ٦٥٢ - فقرة ٦٥٣ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٦٤ - فقرة ١٤٨١ .
ويلاحظ أن الدائن يتخذ هذه الإجراءات التحفظية باسمه هو (proprio nomine) لا باسم المدين ، فهو يستعمل حقاً مباشراً له لا حقاً لمدينه . ولما كان الإجراء الذى يتخذه الدائن هو مجرد إجراء تحفظى ، فإنه يجوز له اتخاذ حتى لو كان حقه مقترناً بأجل أو معلقاً على شرط ، بل حتى لو كان حقه حقاً احتمالياً على خلاف فى رأى (جوسران ٢ فقرة ٦٥٤) .

الأمر في النهاية إلى القضاء ، والحكم الذي يصدره القضاء هو الذي يصبح السند التنفيذي بعد ذلك (١) .

فاذا ما حصل الدائن على السند التنفيذي أمكنه التنفيذ به على أموال المدين (٢) .
والتنفيذ يكون عادة بالحجز على هذه الأموال وبيعها . وقد فصل تقنين المرافعات إجراءات التنفيذ على منقولات المدين (م ٤٩٨-٥٤٢ مرافعات) ، وحجز ما للمدين لدى الغير (م ٥٤٣-٦٠٩ مرافعات) ، والتنفيذ على عقارات المدين (م ٦١٠-٧١١ مرافعات) . ثم نظم هذا التقنين أيضاً إجراءات توزيع ما ينتج من حجز أموال المدين وبيعها على الدائنين ، سواء كان ذلك عن طريق التقسيم بالمحاصة أو عن طريق التوزيع بحسب درجات الدائنين (م ٧٢٤-٧٨٥ مرافعات) .

(١) هذا إلى أنه لا يمكن بالورقة الرسمية إلا تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ، أما التنفيذ بطريق التعويض فيقتضى الحصول على حكم لتقدير التعويض إذا لم يكن مقدراً في شرط جزائي . والتنفيذ بالورقة الرسمية لا يمنع من جواز إعطاء المدين مهلة (délai de grâce) لتنفيذ التزامه . انظر في كل ذلك دى پاچ ٣ فقرة ٩١ .

(٢) ويوجد إلى جانب الحجز التنفيذية ، حجوز تحفظية وهذه لا تقتضى الحصول على سند تنفيذي . ومن أهم الحجوز التحفظية حجز ما للمدين لدى الغير حجزاً تحفظياً . وتوجد حجوز تحفظية أخرى تكفل ببيانها تقنين المرافعات . فقد نصت المادة ٦٠١ من هذا التقنين على أن « للدائن أن يوقع الحجز التحفظي على منقولات مدينه في الأحوال الآتية : (١) إذا لم يكن للمدين موطن مستقر بمصر . (٢) إذا خشي الدائن فرار مدينه وكان لذلك أسباب جدية (٣) إذا كانت تأمينات الدين مهددة بالضياع (٤) إذا كان الدائن حاملاً لكبيالة أو سند تحت الإذن وكان المدين تاجراً له توقيع على الكبيالة أو السند يلزمه بالوفاء بحسب قانون التجارة . (٥) إذا كان المدين تاجراً وقامت أسباب جدية يتوقع معها تهريب أمواله أو إخفاؤها » . ونصت المادة ٦٠٢ على أن « لمؤجر العقار أن يوقع في مواجهة المستأجر أو المستأجر من الباطن الحجز التحفظي على المنقولات والثمرات والمحصولات الموجودة بالعين المؤجرة ، وذلك ضماناً لحق الامتياز المقرر في القانون المدني ... » . ونصت المادة ٦٠٣ على أن « لمالك المنقول أن يوقع الحجز التحفظي عليه عند من يحوزة » . ونصت المادة ٦٠٤ على أنه « لا يوقع الحجز التحفظي في الأحوال المتقدمة الذكر إلا بأمر من قاضي الأمور الوقفية بالمحكمة التابع لها موطن المحجوز عليه ، ولا يجوز الأمر به لحق غير حال الأداء أو غير محقق الوجود . ومع ذلك فلا حاجة إلى هذا الأمر إذا كان بيد الدائن حكم غير واجب النفاذ ... » . ونصت المادة ٦٠٧ على أنه « إذا حكم بصحة الحجز فتتبع الإجراءات المقررة للبيع في الفصل الأول من هذا الباب ، أو يجري التنفيذ بتسليم المنقول في الحالة المشار إليها في المادة ٦٠٣ » . ونصت المادة ٦٠٩ على أنه « إذا حكم ببطلان الحجز التحفظي أو بإلغائه لانعدام أساسه ، جاز الحكم على الحاجز بغرامة لا تزيد على عشرين جنيهاً فضلاً عن التضمينات للمحجوز عليه » .

٥٢٦ — طرق وسطى ما بين التحفظية والتنفيذية : قدما أن هناك

طرقاً وسطاً ما بين التحفظية والتنفيذية . فلا هي مقصورة على مجرد التحفظ على أموال المدين كما هو الأمر في الطرق التحفظية ، ولا هي تؤدي مباشرة إلى استيفاء الدائن حقه كما هو الأمر في الطرق التنفيذية . بل هي بين بين . فهي أقوى من الطرق التحفظية إذ هي تمهيد للتنفيذ ، وهي أضعف من الطرق التنفيذية إذ أن التنفيذ يعقبها دون أن تستغرقه (١) .

وهذه الطرق ترد جميعها إلى أصل واحد ، هو المبدأ العام الذي تقدم ذكره من أن جميع أموال المدين ضامنة لا لتزاماته . فهذا الضمان العام يخول للدائن أن يرقب أموال المدين ، ما دخل منها في ذمة المدين وما خرج ، حتى يأمن على ضمانه من أن ينتقصه غش المدين أو تقصيره . وهذه الطرق من مباحث القانون المدني لا من مباحث قانون المرافعات ، لأنها تتفرع مباشرة عن مبدأ الضمان العام للدائنين كما سبق القول .

وقد عدد التقنين المدني الجديد منها خمسة : دعاوى ثلاثاً وطريقتين آخريتين استحدثتهما هذا التقنين .

أما الدعاوى الثلاث فهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية . ففي الأولى يدفع الدائن عن نفسه نتائج تهاون المدين أو غشه إذا سكت هذا عن المطالبة بحقوقه لدى الغير ، فيباشر الدائن بنفسه حقوق مدينه نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة ، وبذلك يحافظ على ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ بحقه بعد ذلك . وفي الثانية — الدعوى البولصية — يدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين إذا عمد هذا إلى التصرف في ماله إضراراً بحق الدائن ، فيطعن الدائن في هذا التصرف لجعله غير نافذ في حقه ، فيعود المال إلى الضمان العام تمهيداً للتنفيذ عليه . وفي الثالثة — دعوى الصورية — يدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين أيضاً إذا عمد هذا إلى التظاهر بالتصرف في ماله ليخرجه من الضمان العام بتصرف صوري ، فيطعن الدائن في هذا التصرف بالصورية حتى يكشف عن حقيقته ، ويستبقى

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٩٣ ص ٢٢٧ — جوسران ٢ فقرة ٦٥٩ —

دى پاچ ٣ فقرة ١٧٧ .

بذلك مال المدين في ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ عليه بحقه . فالدائن في هذه الدعاوى الثلاث إما أن يبقى في ضمانه العام ما كاد أن يخرج بالدعوى غير المباشرة ، وإما أن يعيد ما خرج بالدعوى البولصية ، وإما أن يستبقى ما لم يخرج إلا ظاهراً بدعوى الصورية . ونرى من ذلك أن هذه الدعاوى الثلاث تركز كلها في فكرة الضمان العام للدائنين^(١) .

وهناك طريق رابع استحدث فيه التقنين المدني تجديداً ، هو حق الدائن في حبس مال المدين . وهذا أيضاً إجراء ما بين التحفظي والتنفيذي . فهو أقوى من التحفظي لأن الدائن إنما يتخذه تمهيداً للتنفيذ بحقه ، وهو أضعف من التنفيذي لأن الدائن لا يستطيع الوقوف عند حبس مال المدين ليستوفي حقه بل عليه بعد ذلك أن يتخذ إجراءات التنفيذ على المال المحبوس .

وبلاحظ أن هذه الطرق الأربعة — الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية والحق في الحبس — كلها إجراءات فردية ، يتخذها كل دائن بمفرده ولحسابه الشخصي . ثم هي إجراءات ليس من شأنها أن تغل يد المدين عن ماله ، فلا يزال المدين يستطيع التصرف فيه ، ومباشرة جميع حقوقه عليه . والطريق الخامس هو أيضاً إجراء فردي ، يتخذه أى دائن بمفرده ، ولكنه إجراء من شأنه أن يغل يد المدين عن ماله ، وذلك هو شهر إعمار المدين . فقد

(١) وكان المشروع التمهيدي يشتمل على نص ، هو المادة ٣١٣ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « يجوز للدائن ، بما له من الحق على أموال مدينه ، أن يستعمل حقوق هذا المدين . وله أيضاً أن يطعن في تصرفاته إذا انطوت على الغش أو كانت صورية . وعليه أن يراعى في كل ذلك القواعد المنصوص عليها في المواد الآتية » . وجاء في المذكرة الإيضاحية في صدد هذا النص : « يترتب على ضمان أموال المدين لحقوق دائنيه ، وفقاً للمبدأ الذي تقدمت الإشارة إليه ، أثر على بالغ الأهمية . وهذا الأثر بذاته يعتبر بمنزلة الأصل والعلّة من دعاوى ثلاث ، شرعت لتتيح لكل دائن من الدائنين أن يدرأ عن حقوقه ما قد ينالها من جراء إهمال المدين أو سوء نيته : وهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية . فالدائن إذا استعمل حقوق مدينه ، أو طعن في تصرفاته المعقودة إضراراً به ، حقيقية كانت تلك التصرفات أو صورية ، لا ينتهى نشاطه إلا إلى المحافظة على أموال هذا المدين ، وهي قوام ما كفّل له القانون من ضمان » .

وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص ، لأنه مجرد تعداد لما سيأتى (انظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٧ هامش رقم ١) .

تكفل التقنين الجديد — على خلاف التقنين السابق وأكثر التقنينات اللاتينية — بتنظيم إجراءات هذا الإعسار ، حتى يستطيع الدائن من وراء ذلك أن يستوفي حقه من أموال مدينه دون أن يخشى غش المدين أو تهاونه . فإجراءات الإعسار هي أيضاً تقوم على فكرة الضمان العام للدائنين ، وهي إجراءات أقوى من الإجراءات التحفظية إذ هي تغل يد المدين عن التصرف في ماله ، وأضعف من الإجراءات التنفيذية إذ لا تكفى وحدها للوفاء بحق الدائن ، بل لابد للدائن من اتخاذ إجراءات تنفيذية لاستيفاء هذا الحق من أموال المدين الذي شهر إعساره .

فنبحث إذن في فصول متعاقبة هذه الطرق الخمسة :

- (١) الدعوى غير المباشرة (action oblique, indirecte) ونذيلها بالدعوى المباشرة (action directe) .
- (٢) الدعوى البولصية (action paulienne, révocatoire) .
- (٣) دعوى الصورية (action en simulation) .
- (٤) الحق في الحبس (droit de rétention) .
- (٥) الإعسار (déconfiture) .

الفصل الأول

الدعوى غير المباشرة* والدعوى المباشرة

(Action oblique, indirecte, subrogatoire — Action directe)

٥٢٧ — **قطة البحث** : نبحت : (أولاً) شروط الدعوى غير المباشرة .
(ثانياً) ما يترتب عليها من آثار . (ثالثاً) الدعوى المباشرة .

الفرع الأول

شروط الدعوى غير المباشرة

٥٢٨ — **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٣٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء ، أن يستعمل باسم مدبته جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان متصلاً منها بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز » .

« ٢ — ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدبته مقبولا ، إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق ، وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد في هذا الإعسار . ولا يشترط إعدار المدين لاستعمال حقه ، ولكن

* مراجع في الدعوى غير المباشرة : لابييه (Labbé) في استعمال الدائن لحقوق المدين (مقال في المجلة الانتقادية سنة ١٨٥٦ — بسك (Bosc) بحث في حق الدائنين في استعمال دعاوى مدينهم رسالة من أكس سنة ١٩٠٢ — ديبويه (Dubey) في الدعوى غير المباشرة رسالة من ديجون سنة ١٩٣٦ .

بموجب إدخاله خصماً في الدعوى^(١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٠٢/١٤١^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٣٦ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٦١ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٣٨ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٧٦ الفقرات ١ و ٢ و ٣^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣١٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة « وأن عدم استعماله لها » الواردة في الفقرة الثانية فقد كانت في المشروع التمهيدي « وأن إهماله في ذلك » . وفي لجنة المراجعة استبدلت العبارة الأولى بالعبارة الثانية ، وأصبح رقم المادة ٢٤٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٧ و ص ٦٠٩ — ص ٦١٠) .

(٢) كانت المادة ٢٠٢/١٤١ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : « لا تترتب على المشاركات منفعة لغير عاقيدها ، إلا للمدائني العاقد ، فانه يجوز لهم بمقتضى ما لهم من الحق على عموم أموال مدينهم أن يقيموا باسمه الدعاوى التي تنشأ عن مشاركاته أو عن أي نوع من أنواع التعهدات ما عدا الدعاوى الخاصة بشخصه » .

وشروط الدعوى غير المباشرة في التقنين المدني الجديد لم تتغير عما كانت عليه في التقنين المدني السابق . ولكن نص التقنين الجديد أشد دقة وأوسع تفصيلاً من الوجوه الآتية : ١ — لم يجعل التقنين الجديد ، كما فعل التقنين السابق ، الدعوى غير المباشرة استثناء من قاعدة عدم سريان العقد في حق الغير . وجعلها استثناء من هذه القاعدة خطأ واضح ، وقع فيه التقنين السابق على غرار التقنين المدني الفرنسي . ٢ — قصر التقنين السابق حقوق المدين التي يستعملها الدائن على الدعاوى التي تنشأ عن المشاركات أو عن أي نوع من أنواع التعهدات ، والصحيح أن الدائن له أن يستعمل جميع حقوق المدين ، شخصية كانت أو عينية ، دعاوى أو حقوقاً أو مجرد إجراءات كما سنرى . ٣ — جاء التقنين الجديد أكثر تفصيلاً لشروط الدعوى غير المباشرة ، فنص صراحة على وجوب أن يثبت الدائن أن المدين لم يستعمل حقوقه ، وأن عدم استعماله لها (وهذا كاف لإثبات الإهمال) من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد في هذا الإعسار . واستبعد بنص صريح من شروط الدعوى غير المباشرة إعذار المدين وأن يكون حق الدائن مستحق الأداء ، لكنه اشترط إدخال المدين خصماً في الدعوى (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٣) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٣٦ (مطابقة للمادة ٢٣٥

من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٦١ (مطابقة للمشروع التمهيدي للمادة ٢٣٥ من التقنين المدني

المصري — ولا فرق في الحكم) .

٥٢٩ - الفكرة الأساسية في شروط الدعوى غير المباشرة هي

وجود مصلحة مشروعة للدائن : وبين النص المتقدم الشروط الواجب توافرها لاستعمال الدعوى غير المباشرة . والفكرة الأساسية التي ترد إليها هذه الشروط جميعاً هي وجود مصلحة مشروعة للدائن . ومصلحة الدائن المشروعة هي التي تبرر نيابته عن المدين ، وهذه هي الفكرة الأساسية الأخرى التي ترد إليها آثار الدعوى غير المباشرة . فعلى هاتين الفكرتين الأساسيتين - وجود مصلحة مشروعة للدائن ونيابة الدائن عن المدين - تدور جميع القواعد المتعلقة بالدعوى غير المباشرة . وشروط الدعوى غير المباشرة بعضها يرجع إلى الدائن ، وبعضها يرجع إلى المدين ، وبعضها يرجع إلى الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين .

المبحث الأول

الشروط التي ترجع إلى الدائن

٥٣٠ - لا يشترط في الدائن إلا أنه يكون له حق موهود : الشرط

= التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٣٨ (مطابقة للمادة ٢٣٥ من التقنين المدني المصري) .
تقنين الموجبات والعقود البناني م ٢٧٦ فقرات ١ و ٢ و ٣ : يحق للدائنين أن يستعملوا باسم مديونهم جميع الحقوق وأن يقيموا جميع الدعاوى المختصة به ، ما خلا الحقوق والدعاوى المتعلقة بشخصه دون سواء ، ولا سيما الحقوق والدعاوى التي يخرج موضوعها عن دائرة ارتباهاهم - غير أنهم لا يستطيعون أن يتذرعوا بهذا الامتياز ليقوموا مقامه في إدارة مملوكه ، فهو يبقى متسلاً زمام إدارته بالرغم من سوء حالة أشغاله - ويجوز للدائنين أن يدعوا مباشرة عن مديونهم بدون أن يحجروا مقدماً أية معاملة للحلول محله في الحقوق والدعاوى المختصة به ، وإن كانوا لا يملكون سنداً تنفيذياً ، ولكنهم لا يستطيعون الشروع في تلك المداعة إلا إذا كان دينهم مستحق الأداء .

ولا فرق في الأحكام ما بين التقنينين البناني والمصري - رغم اختلاف العبارة والأسلوب - إلا في شيء واحد : صرح التقنين المصري أن الدائن يستعمل حقوق مدينه وهو لم يكن يحقه هو مستحق الأداء ، وصرح التقنين البناني ، على النقيض من ذلك ، أن الدائن يجب أن يكون حقه مستحق الأداء حتى يستطيع أن يستعمل حقوق مدينه (انظر في شرح التقنين البناني الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني البناني ص ٥٥٥ ص ٦٠) .

(٦٠ الوسيط - ج ٢)

الوحيد في الدائن هو أن يكون له حق موجود (certain)، وهذا هو أدنى المراتب في الدائن، فلو كان حقه احتمالياً (éventuel) كحق الوارث قبل موت المورث، أو كان حقه غير خال من النزاع (litigieux)، فإن دائيته لا تكون محققة. ومن ثم لا يستطيع استعمال حقوق مدينه إلا إذا انقلب حقه المحتمل إلى حق موجود، أو أصبح حقه المتنازع فيه خالياً من النزاع^(١).

ويلاحظ أن حق الدائن إذا كان مقروناً بأجل أو معلقاً على شرط — سواء كان الأجل أو الشرط فاسخاً أو واقفاً — فإنه يكون مع ذلك موجوداً، فيجوز للدائن استعمال حقوق مدينه. أما الحق المقرون بالأجل فظاهر، لأن الحق يكون موجوداً بالرغم من قيام الأجل، والأجل إنما ينصب على استحقاق الأداء دون وجود الحق ذاته. وأما الحق المعلق على شرط، ولو كان الشرط واقفاً، فإنه ليس بالحق الاحتمالي، بل هو حق له وجود قانوني يعتد به، فيجوز لصاحبه أن يستعمل حقوق مدينه. والحق المؤجل أو المعلق على شرط حق موجود، وإن كان غير مستحق الأداء، واستحقاق الأداء ليس بشرط كما سنرى^(٢).

٥٣١ — فهو بشرط في هو الدائن أنه يكون قابلاً للتفويض أو

مستحق الأداء أو معلوم المقدار : انعقد إجماع القضاء والفقه في فرنسا، وكذلك في مصر في عهد التقنين المدني السابق، على أنه يشترط في الدائن حتى يستعمل حقوق مدينه أن يكون حقه هو مستحق الأداء^(٣). (exigible). وقد

(١) بأن سلم المدين أو الخصم المرفوع عليه الدعوى باسم المدين بحق الدائن، أو نازعا فيه وفض للقضاء هذا النزاع لمصلحة الدائن (قارب استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦).

(٢) وقد يقال أنه لا محل في الدعوى غير المباشرة للكلام في الحق المؤجل، فإن هذا الحق يحكم أعسار المدين — والأعسار شرط في الدعوى غير المباشرة — يصبح مستحق الأداء، إذ الأعسار يسقط الأجل. وهذا يكون صحيحاً لو أن الأعسار الذي يسقط الأجل هو نفس الأعسار المشروط في الدعوى غير المباشرة. ولكننا سنرى أن الأجل لا يسقط إلا بشهر إعسار المدين بشروط وإجراءات معينة وبمقتضى حكم يصدر بشهر الإعسار، أما الإعسار في الدعوى غير المباشرة فيكتفى لتحقيقه أن تزيد ديون المدين على حقوقه دون حاجة إلى صدور حكم بذلك.

(٣) وقد بسطنا هذا الرأي في كتابتنا « نظرية العقد » على الوجه الآتي: « ولكن الرأي =

كنا في عهد التقنين المدني السابق لا نذهب إلى ماذهب إليه الجمهور في هذه المسألة ، وكنا نرى أنه لا يشترط في استعمال الدائن لحقوق مدينه أن يكون حقه مستحق الأداء أو معلوم المقدار^(١) . ويقول بهذا الرأي في فرنسا - على خلاف الإجماع - الأستاذان كولان وكاييتان ، فهما يذهبان إلى أنه يكفي أن يكون حق الدائن خالياً من النزاع ، وهذا هو الشرط الوحيد الذي تقتضيه القواعد العامة . والدائن الذي يكون حقه غير معلوم المقدار - كالمضروب في عمل غير مشروع -

= السائد في فرنسا وفي مصر (في عهد التقنين المدني السابق) غير ذلك كما قدمنا . وهو يقضى بأن يكون الحق مستحق الأداء ، أى أنه يكون خالياً من النزاع مقدراً حالاً ، ولا يكفي خلوه من النزاع . وهذا الرأي يستخلصه الفقهاء عامة من مناقشة طبيعة الدعوى غير المباشرة ، وهل تدخل هذه الدعوى في الاجراءات التحفظية أو في الأعمال التنفيذية ؟ ويخلصون من هذه المناقشة إلى أنها ليست من الأعمال التنفيذية لأن الدائن وهو يستعملها لا يتفد على أموال مدينه . وهى ليست كذلك من الاجراءات التحفظية ، لأن الدائن يتدخل في شؤون المدين ، ويزيد في ماله في بعض الفروض ، ولا يكتفى بالمحافظة على الموجود منه في الحالة التي هو عليها كما هو الأمر في الاجراءات التحفظية . فالدعوى غير المباشرة إذن هى بين بين ، فهى أقوى من إجراء تحفظى وأضعف من عمل تنفيذى . ولذلك لا يكفي في الدائن أن يكون حقه خالياً من النزاع كما يكفي ذلك في الاجراءات التحفظية ، ولا يشترط أن يكون حقه قابلاً للتنفيذ كما يشترط ذلك في الأعمال التنفيذية . بل يجب أن يكون الحق مستحق الأداء ، حتى يرتفع عن مرتبة الاجراءات التحفظية دون أن يسمو إلى مرتبة الأعمال التنفيذية . والأهمية العملية لهذا الرأي أن هناك دائنين حقوقهم خالية من النزاع ولكنها غير مقدرة ، كدائن بتعويض لم يتم تقديره ، أو هى غير مستحقة الأداء ، كدائن حقه معلق على شرط موقف أو مقرون بأجل موقف ، يكونون طبقاً لما تقدم غير قادرين على استعمال حقوق مدينهم » (نظرية العقد فقرة ٧١٧ ص ٧٥٥) .

انظر : ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٠ - فقرة ١٠١ - لوران ١٦ فقرة ٣٩٣ - فقرة ٣٩٥ - هيك ٧ فقرة ١٨٦ - أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٢ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢٩ - ديموج ٧ فقرة ٩٦٢ وفقرة ٩٨٦ ص ٣٦١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٢ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٢٦ وقارن فقرة ٦٢٧ - جوسران ٢ فقرة ٦٦٩ - نقض فرنسى ٢٦ يوليه سنة ١٨٥٤ دالوز ٥٤ - ١ - ٣٣ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٤ سيريه ٢٤ - ١ - ٦٧ - دى هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٩ - هالتون ١ ص ٣٤٠ - والتون ٢ ص ٩٨ - محمد صالح فقرة ٥٩ - فتحى زغلول ص ٣٧٣ . وانظر أيضاً تقنين الموجبات والعقود اللبناقي م ٢٧٦ فقرة ٣ ، وهى تشترط صراحة أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٧ ص ٧٥٥ - ص ٧٥٦ - انظر أيضاً في هذا المعنى : عبد السلام ذهني فقرة ٣٣٠ - محمد صادق فهى فقرة ٤٥٤ - أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٢٧ ص ٤٧٠ - استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ .

أو يكون حقه غير مستحق الأداء — كالدائن لأجل أو بشرط — له مصلحة مشروعة في استعمال حقوق مدينه^(١) .

ومهما يكن من شك في هذه المسألة في عهد التقنين المدني السابق ، فقد أزال التقنين المدني الجديد كل شك ، إذ ذكر صراحة في المادة ٢٣٥ أنه لا يشترط في الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء^(٢) . وما دام لا يشترط في الحق أن يكون مستحق الأداء ، فلا يشترط فيه كذلك أن يكون معلوم المقدار ، ومن باب أولى لا يشترط فيه أن يكون ثابتاً في سند قابل للتنفيذ^(٣) .

٣٥٢ — أوى دائن حقه موجود يستطيع استعمال حقوق مدينه :

يخلص مما تقدم أن الشرط الوحيد الواجب توافره في الدائن هو أن يكون حقه موجوداً . وأى دائن حقه موجود يستطيع استعمال حقوق مدينه .

لا فرق في ذلك بين دائن عادي أو دائن مرتهن أو دائن له حق امتياز^(٤) . ويلاحظ أن الدائن إذا كان له تأمين عيني — رهن أو امتياز أو نحو ذلك — فانه يثبت له بذلك صفتان : (أولاً) صفته باعتباره ذا تأمين عيني ، وهو من هذه الناحية يتركز حقه في العين محل التأمين فيكون له عليها حق تقدم وحق تتبع ، (ثانياً) صفته باعتباره دائناً شخصياً ، وهو من هذه الناحية بتطبق عليه ما ينطبق على سائر الدائنين الشخصيين . فالدائن المرتهن مثلاً يتكون ضمانه من عنصرين : الشيء المرهون وهو ضمان خاص له ، وبقية أموال المدين وهي ضمان عام له ولسائر الدائنين ، فيتأثر بعقود مدينه التي تزيد في هذه الأموال أو تنقص

(١) كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٣٥ ص ٣١٧ — ويذهب أوبرى ورو إلى عدم اشتراط استحقاق الدين إذا كان الغرض الوحيد من رفع الدعوى غير المباشرة هو مجرد المحافظة على أموال المدين (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٠ — ص ١٨١ — وانظر أيضاً بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٢٧ — وانظر المادة ١٠٦ من المشروع الفرنسي الإيطالي وهي تخول للدائن المقترن حقه بأجل أن يستعمل الدعوى غير المباشرة) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٣ — ص ٦٠٤ وص ٦٠٨ — ص ٦٠٩ .

(٣) استئناف مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٤٢٠ ص ٩١١ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٠٣ ص ١٣٢ .

(٤) استئناف مخطوط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٦ .

منها، فله إذن أن يستعمل حقوق مدينه وأن يطعن في تصرفاته بالدعوى البولصية ودعوى الصورية ، شأنه في ذلك شأن كل دائن شخصي^(١) .

ولا فرق كذلك بين دائن حقه نقد ودائن حقه عين ودائن حقه عمل أو امتناع عن عمل ، فالكل سواء في استعمال حقوق المدين^(٢) .

ولا فرق أخيراً بين ما إذا كان مصدر هذا الحق تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية ، فالبايع دائن بالثمن ، والمضروب دائن بالتعويض ، والمفتقر دائن للمثري بلا سبب ، وكل هؤلاء يجوز لهم أن يستعملوا حقوق مدينهم^(٣) .

٥٣٣ — ولا يشترط أنه يكون هو الدائن سابقاً على هو المدين :

وليس من الضروري أن يكون حق الدائن سابقاً على حق المدين الذي يستعمله الدائن ، وذلك بخلاف الدعوى البولصية حيث تشترط أسبقية حق الدائن على تصرف المدين المطعون فيه . وذلك أنه في الدعوى البولصية ، كما سنرى ، لا يكون تصرف المدين ضاراً بالدائن إلا إذا كان هذا التصرف قد صدر من المدين بعد ثبوت حق الدائن . أما في الدعوى غير المباشرة ، فانه سواء كان حق المدين الذي يستعمله الدائن قد ثبت بعد ثبوت حق الدائن أو قبل ذلك ، فهو في الحالتين داخل في الضمان العام للدائن ، وله إذن أن يستعمله باسم المدين^(٤) .

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٠٩ ص ٧٤٦ هامش رقم ٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان من يشترى عقاراً بعقد غير مسجل يعتبر دائناً للبائع في التزامه بنقل الملكية الناشئ عن عقد البيع غير المسجل ، كان له الحق قانوناً في أن يرفع باسم البائع له الدعوى على من اشترى منه هذا البائع الأتيان التي باعها بعقد هو أيضاً غير مسجل ، طالباً إليه تنفيذ التزامه بنقل الملكية ، أو بعبارة أخرى أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع الصادر لهذا البائع توطئة للحكم بصحة عقده هو (نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩ ص ٣١٧ — ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٢ ص ٣٣٠) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشتري الذي يستحق المبيع في يده له أن يستعمل حق مدينه البائع في الرجوع بالضمان على بائع البائع (٩ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ — ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤) .

(٣) ديموج ٧ فقرة ٩٦ .

(٤) لوران ١٦ فقرة ٣٩٦ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٩ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٣٠ — ديموج ٧ فقرة ٩٦٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٤ — جوسران ٢ فقرة ٦٧٠ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٧ ص ٧٥٦ هامش رقم ٢ .

كذلك للدائن أن يطعن باسم المدين بالبطلان أو بالفسخ أو بنحو ذلك في عقود صدرت من المدين ، حتى لو كانت هذه العقود قد صدرت قبل ثبوت حق الدائن (١) .

وينبني على ما تقدم أنه لا يشترط أن يكون لحق الدائن تاريخ ثابت ، فسواء تقدم هذا التاريخ أو تأخر ، فإن هذا لا يمنع من استعمال حقوق مدينه (٢) .

٥٣٤ — ولا يشترط ألا يكون للدائن طريق آخر سوى الدعوى غير

المباشرة : وليست الدعوى غير المباشرة دعوى احتياطية (action subsidiaire) لا يجوز للدائن أن يلجأ إليها إلا إذا لم يكن أمامه طريق آخر (٣) . بل يصح أن يكون للدائن طرق شتى ، فيعدل عنها إلى الدعوى غير المباشرة .

قد يكون للدائن دعوى مباشرة يستطيع أن يستغنى بها عن الدعوى غير المباشرة ، كالمشتري من المشتري يستطيع أن يرفع دعوى ضمان مباشرة على البائع باعتبار أن هذه الدعوى انتقلت إليه من سلفه من الشيء المبيع ، ولكن هذا لا يمنع من رفع دعوى الضمان على البائع باسم المشتري مدينه (٤) .

كذلك للمؤجر أن يرفع دعوى مدينه المستأجر على المتنازل له عن الإيجار أو المستأجر من الباطن لاستيفاء الأجرة ، ولو أن له أن يرفع دعوى مباشرة على كل من هذين (٥) .

(١) لوران ١٦ فقرة ٣٩٦ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٩ — بودرى وبادر ١ فقرة ٦٣٠ .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٣٩٦ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٩ — بودرى وبادر ١ فقرة ٦٣٠ ص ٦٣٧ هامش رقم ١ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٧ ص ٧٥٦ هامش رقم ٢ .

(٣) كذلك لا يستطيع الخصم في الدعوى غير المباشرة أن يطلب من الدائن تجريد المدين قبل أن يستعمل باسمه حقه (ديموج ٧ فقرة ٩٦٩) .

(٤) استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٥ — ٩ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ .

(٥) انظر المادة ٥٩٦ من التقنين المدني — كتاب الإيجار للمؤلف فقرة ٤٢٧ — محكمة مصر المختلطة الابتدائية ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ رقم ٢٦٤ ص ٢٦٥ — لوران ١٦ فقرة ٣٨٩ — بودرى وبادر ١ فقرة ٦٣١ — ديموج ٧ فقرة ٩٦٩ — عكس ذلك بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١١ .

وقد يستعمل المحال له حق المحيل قبل المحال عليه مع أن له دعوى مباشرة^(١).

ولا يشترط أيضاً في رفع الدعوى غير المباشرة أن يقوم الدائن بإجراءات كان على المدين أن يقوم بها لو باشر الدعوى بنفسه ، كما إذا كان المدين قاصراً ووجب عليه أخذ إذن من المحكمة الحسبية أو الحصول على أجازة الولى أو الوصى . فما دام الدائن كامل الأهلية ، فإنه يستطيع أن يرفع الدعوى دون القيام بشيء من هذه الإجراءات . ولكن لما كان لا بد من إدخال المدين في الدعوى كما سنرى ، فإنه يجب اتخاذ هذه الإجراءات عند إدخاله^(٢) .

٥٣٥ — ولا يشترط أنه يحصل الدائن على اذنه من القضاء بحلوه

محل المدين : كذلك لا يشترط أن يحصل الدائن من القضاء على إذن بحلوه محل المدين . ذلك أن نيابته عن المدين إنما يستمدّها من القانون كما سنرى ، فهو في غير حاجة إلى أن يستمد نيابته من القضاء^(٣) . هذا إلى أن الإذن القضائي بالحلول

(١) ولكن ذلك يكون في الغالب — وفي عهد التقنين المدني السابق — إذا لم تتم الحوالة بقبول المحال عليه في التقنين الأهل ، فعند ذلك يلجأ المحال له إلى الدعوى غير المباشرة (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٢٦١ ص ٢٢٧) .

(٢) ديمولوب ٢٥ فقرة ١٠٩ — هيك ٧ فقرة ٢٠٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٣ — قارن دى باج ٣ فقرة ١٩٦ — عكس ذلك لوران ١٦ فقرة ٣٨٧ — هذا ولا شك في أن عدم قيام الدائن بالإجراءات التي كان على المدين أن يتخذها لو باشر الدعوى بنفسه يخالف مبدأ نيابة الدائن عن المدين ، فن مقتضيات النيابة البحث عن الأهلية في شخص الأصيل وهو هنا المدين لا في شخص النائب وهو الدائن . ولكننا أمام نيابة قانونية من نوع خاص ، يميزها أنها نيابة في مصلحة النائب لا في مصلحة الأصيل ، وقد اقتضت هذه النيابة دخول الأصيل في الدعوى مع النائب وهذا أيضاً يخالف المبادئ المعروفة في النيابة (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٥٤ هامش رقم ٥) .

(٣) لوران ١٦ فقرة ٣٩٧ — ديمولوب ٢٥ فقرة ١٠٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٤ — ديموج ٧ فقرة ٩٦٥ — جوسران ٢ فقرة ٦٧٠ — انظر عكس ذلك كوليه دى سانتير ٥ فقرة ٨١ مكررة — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ هامش رقم ٤ (ولكنهما — ص ١٨٠ وص ١٨٢ — لا يشترطان الإذن بالحلول إذا كان الغرض الوحيد للدائن من الدعوى غير المباشرة مجرد المحافظة على أموال المدين) .

لم يرد فيه نص^(١)، وطبيعة الدعوى لا تقتضيه^(٢)، ومن ثم لا ضرورة لإذن قضائي بالحلول إذا أراد الدائن أن يوقع باسم مدينه حجزاً تحفظياً على ما لمدين مدينه لدى الغير^(٣).

وقد خلص لنا مما تقدم أنه لا يشترط في الدائن إلا أن يكون حقه موجوداً. وغنى عن البيان أن هذا الحق يجب أن يبقى موجوداً مادام الدائن يستعمل حقوق مدينه، فإذا وفي الخصم في الدعوى غير المباشرة للدائن حقه، فقد هذا صفته كدائن ولم تعد له مصلحة في الاستمرار في استعمال حقوق مدينه^(٤).

المبحث الثاني

الشروط التي ترجع إلى المدين

٥٣٦ — شروط سهولة يجب توافرها في المدين : الأصل في استعمال الدائن لحقوق مدينه هو أن يكون له في ذلك مصلحة مشروعة عاجلة كما قدمنا،

(١) وذلك كالنص الذي ورد في المادة ٧٨٨ من التقنين المدني الفرنسي، وهي تقضي بوجوب حصول الدائن على إذن قضائي للحلول محل مدينه في قبول ميراث لهذا المدين (انظر بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٤ ص ٦٤٠).

(٢) وقد نصت المادة ٢٧٦ فقرة ٣ من تقنين الموجبات والعقود البناني صراحة على عدم اشتراط حصول الدائن على إذن قضائي في الحلول محل المدين — على أن الإذن القضائي بالحلول لم يعد له مقتضى ما دام لا بد من ادخال المدين في الدعوى (انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٤ ص ٢٤٦).

(٣) ولما كان من القواعد المقررة في حجز ما للمدين لدى الغير أنه لا يجوز للدائن أن يحجز ما لمدين مدينه لدى مدين من الدرجة الثالثة، أي أنه لا يجوز أن يتوسط بين الدائن الحاجز والمدين المحجوز لديه إلا مدين واحد محجوز عليه، كان من الممكن أن يشبه الأمر في الدعوى غير المباشرة، فلا تعطى لدائن يحجز باسم مدينه على ما لمدين هذا المدين لدى الغير، حتى لا يكون هناك حجز لدى الغير يتوسط فيه بين الدائن الحاجز والمدين المحجوز لديه مدينان محجوز عليهما لا مدين واحد. إلا أن هذه الشبهة تزول إذا لاحظنا أن الدائن الذي يستعمل حق مدينه في توقيع الحجز تحت يد الغير إنما يستعمل هذا الحق باسم مدينه، فهو ومدينه في هذا الحجز شخص واحد، فلا يتوسط بينهما وبين المدين المحجوز لديه إلا مدين واحد محجوز عليه، هو في هذه الحالة مدين المدين.

(٤) دى باج ٣ فقرة ٢٠١.

وهذه المصلحة هي التي تبرر ثبوت النيابة القانونية للدائن ، فلو لم تكن هناك مصلحة مشروعة عاجلة لما كان هناك محل لتحتم هذه النيابة على المدين (١) .
ولا توجد مصلحة مشروعة عاجلة للدائن إلا إذا توافر في المدين شرطان :
(١) ألا يكون عنده أموال كافية لسداد حق الدائن إذا فات عليه الحق الذي يريد الدائن استعماله ، أى أن يكون فوات هذا الحق على المدين سبباً في إعساره أو في زيادة إعساره . (٢) أن يكون مقصراً في عدم استعمال حقه بنفسه .
بضاف إلى هذين الشرطين شرط ثالث بصريح النص ، هو إدخال المدين كخصم في الدعوى (٣) .

٥٣٧ — فوات الحق على المدين يكون سبباً في إعساره أو في

زيادة إعساره : ذلك أنه لو كان عند المدين مال آخر يستوفي منه الدائن حقه ، لما جاز لهذا الدائن أن يستعمل حقاً للمدين لا مصلحة له في استعماله ، مادام يستطيع استيفاء حقه من غير هذا الطريق ، ومن ثم قضت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ ، على ما رأينا ، بوجود أن يثبت الدائن أن عدم استعمال المدين لحقه يسبب إعساره أو يزيد في هذا الإعسار . والمراد بالإعسار هنا هو الإعسار الفعلي ، بأن تزيد ديون المدين على حقوقه ، لا الإعسار القانوني الذي يستلزم حكماً بشهره بشروط وإجراءات معينة .

ونرى مما تقدم أن عبء الإثبات يقع على الدائن لا على المدين . وليس المدين أن ملزماً يثبت أن عدم استعماله لحقه لا يسبب إعساره أو لا يزيد في هذا الإعسار ، بل الدائن هو الذي عليه أن يثبت أن هذا الحق — ولنفرض أنه عين مملوكة للمدين في حيازة شخص آخر كاد أن يملكها بالتقادم — لو ترك في يد الحائز فتملكه بالتقادم ، لما وجد الدائن مالا آخر للمدين يستطيع أن ينفذ عليه ، أو أن ما يجده من مال للمدين لا يكفي للوفاء بحقه . ويستوى أن تكون هذه العين كافية للوفاء بحق الدائن ، وهنا يكون فوات العين على المدين سبباً في إعساره ، أو أن تكون غير كافية إلا للوفاء ببعض الحق ، وهنا يكون فوات العين على

(١) استئناف مختلط ١٠ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٣ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٩ .

المدين سبياً في زيادة إعساره ، ففى جميع هذه الأحوال يجوز للدائن أن يقطع التقادم باسم المدين ، وأن يرفع باسم المدين كذلك دعوى الاستحقاق ضد الحائز ، وذلك حتى لا نخرج العين من مال المدين فيستطيع الدائن أن يستوفى منها حقه أو بعض حقه . ولو لم يمكن القانون الدائن من ذلك ، فملك الحائز العين بالتقادم ، لكان هذا سبباً في وقوع الضرر بالدائن من جراء تقصير المدين في المحافظة على أمواله (١) .

٥٣٨ - تقصير المدين في عدم استعمال حقه بنفسه : ولا يكفى أن

يكون عدم استعمال المدين لحقه سبباً في إعساره أو زيادة إعساره ، بل يجب أيضاً أن يكون المدين مقصراً في عدم استعمال حقه بنفسه . أما إذا نشط وأراد أن يباشر بنفسه استعمال حقه ، حتى بعد أن يكون الدائن قد باشر استعمال الحق بالنيابة عنه ، فإنه يستطيع أن يفعل . ويجب في هذه الحالة على الدائن أن يمتنع عن المضي في الإجراءات التى بدأها ، وأن يترك اتمامها للمدين (٢) . وكذلك الحال لو أن المدين ، عندما أدخل في الدعوى ، عمد الى مباشرة حقه بنفسه واتخذ موقفاً ايجابياً في ذلك ، ولم يكتف بأن يكون موقفه سلبياً من الخصومة تاركاً للدائن عبء مباشرة الحق (٣) .

(١) استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٧١ - ١٠ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٣ - ١٥ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٣ - هالتون ١ ص ٣٤٠ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢١١ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٤ - ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ - ٢١ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٨ - ٤ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٨٧ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٨ - ١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ - مصر الكلية المختلطة ٥ فبراير سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ١٣٧ ص ٦٠ - ١٥ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ٤ ص ٧ - قارن استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٥ .

(٣) بل إن المدين يستطيع أن يوقف الدعوى غير المباشرة دون أن يدخل خصماً فيها ، بأن يتفق مع الخصم على إنهاء النزاع صلحاً . وليس للدائن أن يعترض على ذلك ، فإن المدين لا يزال صاحب الحق ويجوز له التصرف فيه ، ما لم يكن قد قصد الإضرار بالدائن ، فلماذا أن يطعن في هذه الحالة بالدعوى البولصية (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢٨ ص ٦٣٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٨ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٨ ص ٧٥٩ هاشم رقم ٣) .

وفي حالة ما إذا باشر المدين حقه بنفسه ، ولم يكن الدائن خصماً في الدعوى وخاف تواطؤ المدين مع الخصم ، فله أن يدخل خصماً ثالثاً ليرقب بنفسه الإجراءات محافظة على حقوقه من تواطؤ المدين أو من تراخيه في الدفاع عن حقه^(١). وله إلى جانب ذلك أن يستعمل الدعوى البولصية إذا تواطأ المدين فعلاً مع الخصم للإضرار به^(٢).

وعبء إثبات تقصير المدين في استعمال حقه يقع على الدائن . ولكن كل ما على الدائن أن يثبته هو أن المدين لم يستعمل حقه بنفسه وكان ينبغي أن يفعل إذ أن موقفه السلبي هذا يهدده بالإعسار أو بالزيادة فيه . فلو أن المدين ، إذ لم يستعمل حقه ، كان أمامه فسحة من الوقت لاستعماله ، فليس للدائن أن يستعمله مكانه . أما إذا تلاكأ المدين في رفع الدعوى بحقه ، أو رفع الدعوى وتلكأ بعد ذلك في مباشرة الإجراءات^(٣)، وخيف من جراء هذا التلكؤ أن يعسر المدين أو أن يزيد إعساره ، فللدائن عندئذ أن يستعمل حق المدين^(٤).

وإثبات الدائن أن المدين لم يستعمل حقه يكفي ، وليس على الدائن أن يثبت تقصيراً معيناً في جانب المدين^(٥). وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٣٥ يذكر

(١) استئناف مختلط ٢٢ يوفيه سنة ١٩١٠ جازيت ١ ص ٥ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١٣ — ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٦٧ .

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٩٥ — لوران ١٦ فقرة ٣٩٠ — هيك ٧ فقرة ١٨٦ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨١ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٢٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٨ — دي هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٩ وفقرة ٢٦ — هالتون ١ ص ٣٤٠ — والتون ٢ ص ٩٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٨ ص ٧٥٩ .

(٣) أو رفع الدعوى ، ثم استأنف الحكم الابتدائي ، وعند نظر الاستئناف لم يباشر الإجراءات وغادر البلاد (استئناف مختلط ١٥ يوفيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦) . ولا يعد المدين مهملاً إذا أوعز إلى دائته أن يتدخل في الدعوى حتى يكون من وراء تدخله أن تكون المحاكم المختلطة هي المختصة (استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١١٧) .

(٤) استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٣٤ — مصر الكلية المختلطة ٩ مايو سنة ١٩٢٢ جازيت ١٣ رقم ٨٩ ص ٥٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٨ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أضاف المدعى إلى دفاعه تمسكه بحق مدين له قبل المدعى عليه واحتجازه بأن المدين أهمل الدفاع عن حقه بقصد الكيد له ، وجب على المحكمة أن تفحص ذلك وترد عليه ، وإلا كان حكمها معيياً متعيناً نقضه ، ولا يصلح رداً على ذلك قول المحكمة إنه ليس للدائن إرغام مدينه على التمسك بحقوقه (نقض ملئ ٣ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٩ ص ٦٦٤) .

أن الدائن عليه أن يثبت إهمال المدين ، فعُدل النص في لجنة المراجعة ، واكتفى في التعديل أن يثبت الدائن عدم استعمال المدين لحقه (١) . وغنى عن البيان أنه إذا أثبت الدائن أن المدين لم يستعمل حقه ، فللمدين أو للمخضم في الدعوى أن يثبت أن الوقت لا يزال متسعاً أمام المدين لاستعمال حقه بنفسه ، وفي هذه الحالة لا يقبل من الدائن أن يستعمل الحق باسم المدين .

٥٣٩ — افعال المدين خصماً في الدعوى — عدم ضرورة اعذاره :

لم ينص التقنين المدني السابق على ضرورة إدخال المدين خصماً في الدعوى، ولذلك كان الرأي الغالب — كما هو الأمر في القانون الفرنسي — أن إدخال المدين خصماً في الدعوى ليس بشرط (٢) . لكن إذا لم يدخل المدين خصماً في الدعوى، فإن الحكم الذي يصدر فيها كان لا يسرى في حقه ، وهذا بخلاف الحكم الذي يصدر في مواجهة المدين فإنه يسرى في حق الدائن وفقاً للقواعد العامة المقررة في حجية الأمر المقضي (٣) . وقد جرت العادة أن الدائن يدخل المدين خصماً في الدعوى، فإذا لم يدخله فإن الخصم هو الذي يدخله حتى يجعل الحكم يسرى في حقه (٤) .

(١) انظر تاريخ نص المادة ٢٣٥ آ نفا فقرة ٥٢٨ في الهامش .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٤٧ — ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٨٠ — ٥ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٥ — لوران ١٦ فقرة ٤٠٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٥ — ديموج ٧ فقرة ٩٦٨ بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٦ — والتون ٢ ص ٩٧ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٦ هامش رقم ١ — الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت فقرة ٦٢٨ — الأستاذ محمد صادق فهمي فقرة ٤٥١ — أنظر عكس ذلك : استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ — ١٩ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٩ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ٦٥ — ٥ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢ — ٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٣ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٧ .

(٣) استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٤ — ٥ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ — وفي فرنسا انقضى الفقه : فرأى يذهب إلى أن الحكم لا يسرى في حق المدين إذا لم يدخل في الدعوى (أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ هامش رقم ١٨) ، ورأى ثان يذهب إلى أن الحكم يسرى في حق المدين سواء كان في مصلحته أو ضده (كوليه دي سانتيز ٥ فقرة ٨١ مكررة — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٤١٦) ، ورأى ثالث يذهب إلى أن الحكم يسرى في حق المدين إذا كان في مصلحته لا إذا كان ضده (لوران ١٦ فقرة ٤٠٨) .

(٤) استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٨٠ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ =

وللمدين كذلك أن يدخل من تلقاء نفسه خصما في الدعوى ، بل له أن يتولاها بنفسه ويقف عمل الدائن كما قدمنا . وللقاضي من تلقاء نفسه أن يأمر بإدخال المدين خصما إذا رأى فائدة في ذلك^(١) .

وقد ذهب التقنين المدني الجديد في هذه المسألة مذهبا آخر ، فنص صراحة (م ٢٣٥ فقرة ٢) على وجوب إدخال المدين خصما في الدعوى . فلا يجوز إذن للدائن أن يرفع الدعوى غير المباشرة دون أن يدخل المدين خصما ثالثا ، فاذا لم يدخله جاز للخصم أن يدفع بعدم قبول الدعوى ، إلا إذا دخل المدين من تلقاء نفسه أو أدخله الخصم نفسه . فالحكم الذي يصدر في الدعوى يسرى إذن في حق المدين ، مادام قد أصبح طرفا في الدعوى^(٢) .

ولما كان لا بد من إدخال المدين خصما ، فقد استغنى بذلك عن إعداره ، فان إدخاله خصما أقوى من الإعذار^(٣) . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ مدني صراحة على عدم ضرورة الإعذار . وكذلك كان الحكم في عهد التقنين المدني السابق دون نص صريح على ذلك ، إذ ليس في القواعد العامة ما يحتم الإعذار إلا نحو الخصم الذي يباشر الدائن في مواجهته حق المدين إذا كان الإعذار ضروريا^(٤) . وبهذا الرأي أخذت جمهرة الفقهاء في فرنسا^(٥) ، وسار

= ص ١٨١ - ص ١٨٢ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٦ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٣٠ .

(١) استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٩ — الأستاذ محمد صادق فهمي فقرة ٤٥١ — على ألا يكون إدخال المدين خصما في محكمة الاستئناف حتى لا يضيع عليه درجة من درجات التقاضي (انظر نقض فرنسي أول أغسطس سنة ١٨٥٩ دالوز ٥٩ - ١ - ٣٥٣ - ٢ أغسطس سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٧ - ١ - ٢٢٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٦) — كذلك لا يشترط أن يصدر الدائن صحيفة الدعوى بما يقرر أنه يعمل باسم المدين ، مادام هذا الأمر يمكن فهمه من مجموع العبارات الواردة في صحيفة الدعوى (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٨ - ٩ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٤٠) .

(٢) ولا يقال انه مادام الدائن نائباً عن المدين ، فقد كان ينبغي أن تغني هذه النيابة عن إدخال المدين خصما في الدعوى ، ذلك أن النيابة هنا هي لصالح الدائن لا لصالح المدين كما سبق القول ، فكان لابد من إدخال المدين خصما في الدعوى حتى يرقب إجراءاتها وحتى يستطيع حماية حقه بنفسه .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٩ .

(٤) وذلك للحكم بتعويض عن التأخير أو بمصروفات الدعوى مثلاً .

(٥) لوران ١٦ فقرة ٣٩٢ — لارومبيير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٢١ — بلانيول وريبير =

عليه الفقه في مصر^(١)، قبل أن يتضمنه نص في التقنين المدني الجديد .

وغنى عن البيان أنه لا حاجة للدائن أن يدخل الدائنين الآخرين في الدعوى^(٢). ويسرى الحكم الصادر في الدعوى مع ذلك في حقهم ، لأن المدين — وقد رأينا أن من الواجب إدخاله في الدعوى — يمثل جميع الدائنين ، والحكم الذي يصدر في مواجهته يكون حجة عليهم جميعاً وفقاً للقواعد المقررة في حجية الأمر المقضي^(٣).

المبحث الثالث

الشروط التي ترجع إلى الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين

٥٤٠ — القاعدة واستثناءاتها: نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ على أن للدائن أن يستعمل باسم مدينه « جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز » . ويستخلص من ذلك أن القاعدة هي أن أى حق للمدين يجوز للدائن أن يستعمله . ويستثنى من ذلك : (أولاً) أن يكون للمدين مجرد رخصة ، فلا يجوز للدائن أن يستعملها باسم المدين^(٤). (ثانياً) ألا يكون الحق للمدين نفسه ، بل هو حق يباشره عن غيره ، فلا يجوز للدائن أن يستعمل هذا الحق ، إذ هو ليس حقاً للمدين . (ثالثاً) أن

= وردوان ٧ فقرة ٩٠٩ — ديموج ٧ فقرة ٩٦٦ — كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٤٣٥ ص ٣١٧ — جوسران ٢ فقرة ٦٧٠ — انظر عكس ذلك : ديمولومب ٢٥ فقرة ١٠٢ — فقرة ١٠٣ — ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٣ .

(١) الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات فقرة ٣٣١ — الأستاذ محمد صادق فهمي فقرة ٤٥١ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٦ هامش رقم ١ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٢٨ — انظر عكس ذلك والتون ٢ ص ٩٧ .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٥١ .

(٣) على أنه إذا كان المدين تاجراً مفلساً ، فالدائن لا يباشر الدعوى باسم المدين إلا في مواجهة السنديك ، والحكم يكون باسم السنديك (م ٢٢٠ تجارى) .

(٤) والاستثناء هنا ظاهري ، لأن الرخصة غير الحق فلا تستثنى منه . والغرض من هذا الاستثناء الظاهري حصر مالا يستطيع الدائن أن يستعمله باسم المدين .

يكون الحق للمدين ، ولكنه متصل بشخصه خاصة . (رابعا) أن يكون الحق غير قابل للحجز عليه . (خامسا) أن يكون الحق مثقلا بحيث لا تكون هناك فائدة للدائن في استعماله^(١) .

ونستعرض القاعدة ثم الاستثناءات .

٥٤١ - يجوز للدائن استعمال أى حق للمدين : يجوز للدائن ،

كقاعدة عامة ، أن يستعمل أى حق للمدين ، لا فرق بين حق وحق .

فقد يكون هذا الحق حقاً شخصياً ، محله نقد أو عين أو عمل أو امتناع عن عمل . وأكثر ما يستعمل الدائن من حقوق المدين الحق الشخصى الذى محله نقد ، فهو الحق الأكثر سهولة فى الاستعمال . ومع ذلك فان هناك إجراء أمام الدائن يفضل الدعوى غير المباشرة لتقاضى ما للمدين من نقود فى ذمة مدينه ، وهذا هو حجز ما للمدين لدى الغير . ومن ثم كانت الدعوى غير المباشرة نادرة الوقوع فى العمل . ففى حجز ما للمدين لدى الغير يعمد الدائن - بدلا من رفع الدعوى غير المباشرة - إلى الحجز تحت يد مدين المدين على ما للمدين من نقود فى ذمة مدين المدين ، فاذا ما حكم بصحة الحجز انقلب الإجراء إجراء تنفيذياً ، وتمكن الدائن باجراءات هذا الحجز وحدها من استيفاء حقه من مدين المدين^(٢) . وهذا بخلاف الدعوى غير المباشرة ، فان الدائن بعد النجاح فيها لا يكتفى بذلك ، بل لابد له حتى يصل إلى حقه من أن يباشر إجراءات تنفيذية مستقلة عن الدعوى^(٣) .

وقد يكون حق المدين حقاً عينياً يستعمله الدائن باسمه ، كحق ملكية أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٩
فقرة ٣ .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٠ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٥٥ .

(٣) دى باج ٣ فقرة ١٨٢ - ويلاحظ أن حجز ما للمدين لدى الغير هو نفسه حق للمدين ، فيجوز إذن للدائن استعماله فيحجز باسم مدينه على ما لمدين مدينه لدى الغير ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . والفرق ظاهر بين أن يحجز الدائن باسمه على ما لمدينه لدى الغير ، وبين أن يحجز باسم مدينه على ما لمدين مدينه لدى الغير .

ويغلب أن يأخذ الحق — شخصياً كان أو عينياً — صورة الدعوى يرفعها الدائن على من عليه الحق للمدين^(١) ، كدعوى الدين أو دعوى الاستحقاق^(٢) . ومن ثم أطلق على استعمال الدائن لحقوق مدينه اسم « الدعوى غير المباشرة » ، أخذاً بالغالب . على أنه يجوز أن يستعمل الدائن باسم مدينه مجرد إجراءات ، دون أن يرفع دعوى أمام القضاء . وهذه الاجراءات إما أن تكون تصرفات قانونية أو إجراءات مادية . مثل التصرفات القانونية أن يقبل الدائن وصية عن المدين ، أو يسترد شيئاً للمدين حق استرداده ، أو يقبل اشتراطاً لمصلحة المدين .

(١) ولما كان الدائن لا يستطيع الحجز على دعاوى مدينه — باستثناء حجز ما للمدين لدى الغير ومع ذلك فلا يبقى من حكم بصحة الحجز — فلا يبقى إلا أن يستعمل الدائن هذه الدعاوى باسم مدينه ، حتى ينفذ بعد ذلك على ما تنتجه هذه الدعاوى من مال (ديموج ٧ فقرة ٩٢٠ ص ٢٩٩) .

(٢) ومن الدعاوى التي يستطيع الدائن أن يباشرها باسم المدين : دعوى المدين إذا كان مشترياً في الرجوع على بائه بضمان الاستحقاق أو ضمان العيب (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٥ — ٩ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٠٨) أو في الرجوع على البائع بما دفعه وفاء لدين مضمون برهن على العقار المبيع (استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٤٦) ، ودعوى المدين البائع في استيفاء ثمن المبيع (استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢١ — ١٩ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٤٠) ، ودعوى المدين المصاب في ماله في الرجوع بالتعويض على من ألحق به الضرر (لوران ١٦ فقرة ٤١٩ — هيك ٧ فقرة ٢٠٢ — لارومبيير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٢٠) ودعوى المدين القاصر في مطالبة الوصى بتقديم حساب عن الوصاية بعد انتهائها (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٠٨ — لوران ١٦ فقرة ٣٣٨) ، ودعوى المدين في رفع مناقضة (contredit) لإنزال بعض الديون المبالغ فيها إلى مقدارها الحقيقي (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣٥) ، ودعوى المدين إذا كان شريكاً في شركة في الطعن ببطان اتفاق على تعديل الشركة أو على حلها (استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٤) ، ودعوى المدين في المطالبة بسقوط إجراءات اتخذت لنزع ملكيته (استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٦٣) ، ودعوى المدين في الطعن بالصورية في سند بدين في ذمته (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢) ، ودعوى المدين في أن يطعن في عقد صدر منه بالبطلان أو بالفسخ (استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٧٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦١١ — فقرة ٦١٦ — دى باج ٣ فقرة ١٨٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٩٤ — جوسران ٢ فقرة ٦٦٨ — ويغلب على القضاء الفرنسي ألا يعطى الدائن الحق في الطعن بإبطال العقد باسم المدين بحجة أن التمسك بإبطال عقد لعيب في الرضاء أو لنقص في الأهلية مسألة يرجع الشخص في تقديرها إلى اعتبارات أدبية : نقض فرنسي ٦ مارس سنة ١٨٧٨ داللو ٧٨ — ١ — ٣١٦ — ١٨ أكتوبر سنة ١٩١٠ داللو ١٩١٢ — ١ — ٢٣٣ ، ومع ذلك انظر : نقض فرنسي ١٠ مارس سنة ١٨٥٣ داللو ٥٣ — ١ — ١٦٠) ، ودعوى المشتري ضد البائع يباشرها =

ومثل الإجراءات المادية أن يقيد رهناً لمصلحة المدين ، أو يحدد قيد الرهن ، أو يسجل عقداً للمدين حتى تنتقل إليه الملكية ، أو يقطع تقادماً سرى ضد المدين ، أو يطلب باسم المدين وضع أختام أو كتابة محاضر جرد (١) . وللدائن كذلك أن يطعن باسم مدينه في حكم صدر ضد المدين ، بجميع وجوه الطعن العادية وغير العادية ، من معارضة واستئناف ونقض والتماس إعادة نظر وغير ذلك . وله أن يقوم بإجراءات المرافعة ، وأن يتمسك بالدقوع عن المدين (٢) .

= المشتري من المشتري (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ٢٠٨ ص ١٠٩ - ٩ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ - وقارن استئناف مختلط ١٠ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٣ - وانظر : ديمولومب ٢٥ فقرة ٨٨ - لوران ١٦ فقرة ٤٢٢ - هيك ٧ فقرة ٢٠٢ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦١٦ - هالتون ١ ص ٣٤ - دى هلتس ١ لفظ créancier) فقرة ٣٠ - والتون ٢ ص ١٠٣ - ص ١٠٤ - فتحى زغلول ص ٣٧٤ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٤ هامش رقم ٢ - عكس ذلك : تولى ٧ فقرة ٥٦٦ ، ودعوى المالك في استرداد الشيء المملوك له تحت يد الغير (دعوى الاستحقاق) ، ودعوى الوارث في المطالبة بنصيبه في الميراث ، ودعوى الموصى له في المطالبة بالوصية ، ونحو ذلك . وكذلك يجوز استعمال حق المدين في طلب القسمة (محكمة مصر المختلطة مستعجل ٢٦ يولييه سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ٤٧٠ ص ٢٢٥) ، وفي مطالبة شركة التأمين بمبلغ التأمين (محكمة اسكندرية المختلطة التجارية اول مارس سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ٢٨٧ ص ٢٢٩ - استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٩) ، وفي رجوع المسخر (الاسم المستعار) على الأصيل يباشره من تعاقد مع المسخر (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٧١) . وللمستحق في وقف إذا أخذ أقل من استحقاقه أن يستعمل دعوى ناظر الوقف في الرجوع على مستحق أخذ أكثر من استحقاقه (استئناف مختلط ١٩ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤١٢ - قارن استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٩ - ويلاحظ أنه يجب في هذا الرجوع أن يكون ناظر الوقف مسئولاً شخصياً نحو المستحق الأول ودائناً شخصياً للمستحق الثاني) .

(١) ومثل الإجراءات المادية أيضاً اتخاذ الإجراءات التنفيذية (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٧) ، وتوقيع الحجز التحفظي ، وحجز ما للمدين لدى الغير ، والتفنييه بإنهاء عقد الإيجار (إذا كان الدائن كفيلًا للمستأجر وتأخر هذا في دفع الأجرة : نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٥ هامش رقم ٢) - ومن أجل مباشرة الدائن للإجراءات باسم المدين يذكر التقنين الفرنسى عبارة «الحقوق والدعاوى» فينصرف لفظ «الحقوق» إلى الإجراءات (ديموج ٧ فقرة ٩٢٨) .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٣٢ - ٤ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٩ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٠ - استئناف مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٤٢٠ ص ٩١١ - أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨١ - بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٦٢٤ - ديموج ٧ فقرة ٩٣٥ - دى باج ٣ فقرة ١٨٩ ص ٢٠٢ - دى هلتس ١ = (م ٦١ الوسيط - ج ٢)

٥٤٢ - لا يجوز للدائن أن يستعمل ما للمدين من رخصة :

ليس للدائن أن يتدخل في شؤون مدينه إلى حد أن يقبل عنه صفقة لا يريد ها هو ، حتى لو كانت هذه الصفقة رابحة ومن شأنها أن تزيد في ضمان الدائن ، ولا أن يلغى باسم مدينه عقد إيجار بدعوى أن الأجرة باهظة ومن شأنها أن تنتقص من ضمان الدائن . « فحق » قبول الإيجاب ، « وحق » إلغاء عقد الإيجار ، « وحق » إدارة المدين لأمواله حسبما يرى حتى لو كانت هذه الإدارة سيئة^(١) ، ليست حقوقاً يجوز للدائن أن يستعملها باسم مدينه ، بل هي مجرد رخص لا شأن للدائن في استعمالها^(٢).

ولكن إذا أصبحت الرخصة حقاً ، فللدائن أن يستعمل هذا الحق باسم مدينه مادام قد استوفى الشروط اللازمة . فحق الموصى له في قبول الوصية^(٣) ، وحق المنتفع في قبول الاشتراط لمصلحته^(٤) ، وحق الموعود بالبيع في الشراء ،

= لفظ (créancier) فقرة ٨ وفقرة ٢٧ - انظر عكس ذلك : استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١ .

هذا ويصح أن يشترط المدين على دائنه ألا يستعمل حقاً له ولو لم يكن متصلاً بشخصه (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٦ - دي باج ٣ فقرة ١٩٠) .

(١) انظر تقنين الموجبات والعقود البناني (م ٢٧٦ فقرة ٢) : « غير أنهم (أى الدائنين) لا يستطيعون أن يتذرعوا بهذا الامتياز ليقوموا مقامه في إدارة مملوكه ، فهو يبقى متسلاً بزماء إدارته بالرغم من سوء حالة إشغاله » .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٤٢٤ وما بعدها - هيك ٧ فقرة ١٩٤ - بارتان على أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٧٩ - بودري وبارد ١ فقرة ٥٩٩ - ديموج ٧ فقرة ٩٢٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٠ - فقرة ٩٠١ - جوسران ٢ فقرة ٦٥٥ - دي هلتس ١ لفظ (créancier) فقرة ١٠ وفقرة ١٥ - والتون ٢ ص ١٠٤ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٠ هامش رقم ١ .

(٣) وهناك رأى يذهب إلى أنه لا يجوز للدائن أن يستعمل حق مدينه في قبول الوصية ، لا لأن القبول هنا مجرد رخصة ، بل لأنه حق متصل بشخص المدين (بودري وبارد ١ فقرة ٦٢٢ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤) .

(٤) وينهب بعض الفقهاء إلى أن قبول المنتفع للاشتراط لمصلحته مجرد رخصة لا يجوز للدائن استعمالها باسم المدين (دي باج ٣ فقرة ١٨٧ - بودري وبادر ١ فقرة ٦٢٣) . والصحيح أن حق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير حق ينشأ من العقد ، وقبول المنتفع ليس إلا لجعله حقاً غير قابل للتقضى . ثم إذن حق يستطيع الدائنون بالنيابة عن مدينهم أن يجعلوه غير قابل =

وحق المشتري وفاء في استرداد الشيء المباع عندما كان بيع الوفاء جائزاً (١) ، كل هذه حقوق يجوز للدائن استعمالها باسم المدين (٢) .

أما التمسك بالتقادم ، فالرأي الراجح أنه رخصة لاحق ، وأن التقادم لا يتم إلا بالتمسك به (٣) . وكان مقتضى هذا التكييف أن الدائن لا يستطيع استعمال هذه الرخصة نيابة عن مدينه ، ولكن الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدني نصت

= للنقض ، إلا إذا تبين أن الأمر يتعلق باعتبارات أدبية بمحض تقدير المنتفع ، فعندئذ لا يجوز للدائن استعماله ، لا لأنه مجرد رخصة ، بل لأنه حق متصل بشخص المدين (ديموج ٧ فقرة ٨٢٣ و فقرة ٩٢٨ — الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت في نظرية الالتزام سنة ١٩٤٥ فقرة ٦٢٤ ص ٤٦٦ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٠٠ ص ١٢٩) .
وحق المشتري في نقض الاشتراط لمصلحة الغير ، وتحويله إلى منتفع آخر أو إلى نفسه ، يعتبر رخصة لا يجوز للدائن المشتري استعمالها ، وهو على كل حال موكول إلى محض التقدير الشخصي للمشتري (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤ ص ٢٣٨ — قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨١٨ ص ٩١٨ هامش رقم ٢) .

(١) فحق الموعود بالبيع وحق المشتري وفاء كلاهما حق ذو قيمة مالية نشأ عن عقد الوعد أو عقد البيع وفاء ، مثلهما مثل حق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير نشأ عن عقد الاشتراط (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٠ هامش رقم ١) .

ويمكن في هذا الصدد أن نميز ما بين الحق الكامل كحق الموعود بالبيع وحق المشتري وفاء وحق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير ، وبمجرد الرخصة كحق الشخص في أن يشتري دار غيره إذا رضى صاحب الدار وحق المالك في إدارة ملكه ، ومنزلة وسطى ما بين الحق والرخصة كحق الشخص في قبول الإيجاب الموجه له وحق الشفيع في الأخذ بالشفعة وحق الشريك في استرداد النصيب الشائع . فالحق الكامل هو وحده الذي يستطيع الدائن أن يستعمله باسم المدين ، أما مجرد الرخصة فلا يجوز للدائن استعمالها ، ويلحق بالرخصة في ذلك المنزلة الوسطى ما بين الحق والرخصة .
ويميز بودري وبارد ما بين حق لا يحتاج إلا إلى مجرد التثبيت (consolidation) وهذا يجوز للدائن استعماله باسم المدين ، وبمجرد الرخصة في كسب الحق وهذه لا يجوز للدائن استعمالها (بودري وبارد ١ فقرة ٦٠١ ص ٦٠٠) .

(٢) ديرانتون ٦ فقرة ٥١٦ — فقرة ٥٢٠ — ديمولومب ١٤ فقرة ٥٥٧ و ١٥٥ فقرة ٥٣ و فقرة ٧٦ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٠٠ — فقرة ٦٠٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠١ — والتون ٢ ص ١٠٤ — ص ١٠٥ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٠ هامش رقم ١ — انظر عكس ذلك : لوران ١٦ فقرة ٤٢٦ — فقره ٤٢٧ — هيك ٧ فقرة ١٩٥ .

(٣) فالتقادم المسقط إذن واقعة مركبة (fait complexe) ، تتكون من واقعة مادية هي مرور الزمن وتصرف قانوني هو إعلان المدين لإرادته في التمسك بالتقادم ، وكذلك التقادم المكسب ، غير أن للواقعة المادية في التقادم المكسب هي مرور الزمن من الحياة معاً .

استثناء على جواز تمسك الدائن بالتقادم المسقط نيابة عن مدينه إذ تقول :
« لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك
بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم
يتمسك به المدين » ، وقضت المادة ٩٧٣ مدنى بنفس الحكم بالنسبة إلى التقادم
المكسب (١) .

« وحق » الشفيع فى الأخذ بالشفعة ، « وحق » الشريك فى استرداد النصيب
الشائع ، كلاهما رخصة لا يجوز للدائن استعمالها بالنيابة عن المدين ، مثلها مثل
قبول الإيجاب الموجه إلى المدين (٢) .

٥٤٣ — ولا يجوز للدائن أن يستعمل حقاً مباشراً المدين عن غيره :

ثم إن الحق الذى يستعمله الدائن باسم المدين يجب أن يكون حق المدين نفسه ،
لاحقاً مباشرة المدين عن غيره . فلا يجوز للدائن ، إذا كان مدينه ولياً لقاصر ،
أن يرفع دعاوى القاصر باسم مدينه ، لأن هذه الدعاوى إنما يباشرها المدين عن
القاصر بصفته ولياً له . وكذلك الأمر لو كان المدين قميماً على محجور عليه أو ناظراً
على وقف ، فلا يجوز للدائن أن يرفع باسم مدينه دعاوى المحجور عليه ولا دعاوى
الوقف (٣) .

كذلك إذا جاز للدائن أن يستعمل حق المدين قبل مدين المدين ، فلا يجوز
له أن يستعمل حق مدين المدين قبل مدين مدين المدين (٤) ، لأن حق مدين
المدين إنما يستعمله المدين بالنيابة عن مدين المدين ، فلا يجوز للدائن أن يستعمل

(١) استئناف مخطوط ١٧ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٧٤ — نظرية العقد للمؤلف
فقرة ٧١٩ ص ٧٦٠ هامش رقم ١ — أما النزول عن التقادم فيجوز للدائن أيضاً استثناء الطعن
فيه بالدعوى البولصية (م ٣٨٨ و ٩٧٣ مدنى) على النحو الذى سنورده فيما بعد .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٤٢٨ — هيك ٩ فقرة ٢١ — بلانيول وريبير وردوان ٧
فقرة ٩٠١ — دى باج ٣ فقرة ١٨٧ — عكس ذلك : أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ — بودرى
وباردا ١٥ فقرة ٦١٠ .

(٣) استئناف مخطوط ٧ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٧٠ — والتون ٢ ص ١٠٢ —
نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦١ هامش رقم ١ .

(٤) قارن استئناف مخطوط ١٧ يونيه سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٣٩ — ٦ فبراير
سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٣ .

حقاً يباشره مدينه بالنيابة عن غيره^(١) . وقد قدمنا أنه يجوز للدائن أن يستعمل حق المدين في إيقاع الحجز التحفظي على ما لمدين المدين لدى مدين مدين المدين دون مجاوزة لهذا الحد^(٢) .

٥٤٤ - ولا يجوز للدائن أن يستعمل حقاً متصلاً بشخص المدين

مُخاصة : وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ كما رأينا . ذلك أن الدعوى غير المباشرة إنما تستند ، كما قدمنا ، إلى ما للدائن من حق الضمان العام على جميع أموال مدينه ، فالحق الذي يستطيع الدائن أن يستعمله يجب إذن أن يدخل ضمن الحقوق التي تعتبر ضامنة لحق الدائن .

ويترتب على ذلك أن الحقوق غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية ، وهي حقوق متصلة بشخص المدين خاصة ولا تدخل في الضمان العام للدائنين ، لا يجوز للدائن استعمالها . فلا يجوز استعمال حق الطلاق ، حتى لو كان استعمال هذا الحق من شأنه أن يخفف عبئاً مالياً عن المدين كأنقطاع دين النفقة . ولا يجوز استعمال حق اللعان ، ولو أن استعمال هذا الحق من شأنه ألا يثبت نسب ولد اللعان من المدين فلا يتحمل هذا نفقته . وليس للدائن أن يطلب باسم مدينه إنقاص نفقة قدرت لزوجته المدين أو لأحد من أقاربه^(٣) . كذلك لا يجوز للدائن أن يرفع باسم مدينه دعوى نسب ، حتى لو كانت هذه الدعوى تؤدي إلى أن يثبت للمدين ميراث أو وصية ، لأن دعوى النسب متعلقة بالأحوال الشخصية فيترك

(١) فلا يجوز لبائع العقار الذي لم يستوف الثمن كاملاً ، وترك قيد كل من امتيازته وامتياز المشتري منه يسقط ، أن يحدد قيد امتياز المشتري من المشتري في الميعاد القانوني ، ليطالب من انتقلت له الملكية بعد ذلك بالباقي له من الثمن . فهو إذا كان يستطيع أن يحدد قيد امتيازته هو ، وأن يحدد باسم المشتري منه قيد امتياز هذا المشتري ، فانه لا يستطيع أن يحدد قيد امتياز المشتري من المشتري ، لأن هذا التجديد إنما يجريه مدينه المشتري باسم مدين مدينه المشتري من المشتري ، فلا يجوز له أن يباشره هو باسم مدينه المشتري (محكمة بوردو الاستئنافية ٩ مارس سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٣٧ - ٢ - ١٢٩ - دالوز أنسيكلويدي ١ action oblique فقرة ٤٠) .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٥ مكررة - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩

ص ٧٦١ هامش رقم ١ .

(٣) ديمولومب ٥ فقرة ١٣٧ - هيك ٧ فقرة ٢٠٠ - بودري وبارد ١ فقرة ٥٩٣ -

بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٢ .

المدين حراً في تقدير مناسبة رفعها . ولكن لما كان يجوز للورثة أن يطالبوا بميراث مورثهم ولو اقتضى الأمر أن يثبتوا نسبه ، فللدائن الورثة أن يرفعوا هذه الدعوى باسم مدينيهم ، لأن القضية تصبح قضية ميراث لا قضية نسب (١) .

ويترتب على ذلك أيضاً أن الحقوق المالية غير المتعلقة بالأحوال الشخصية ، إذا كانت متصلة بشخص المدين ، لا يجوز للدائن استعمالها . ويعتبر الحق المالي متصلاً بشخص المدين إذا قام في أساسه على اعتبارات أدبية (٢) ، وذلك كحق الواهب في الرجوع في الهبة (٣) ، وحق المصاب في التعويض عما أصابه من الضرر الأدبي (٤) ،

(١) ويشترط ديمولومب ألا يكون إثبات نسب المورث ضمن ما يطلب الحكم به ، فيكون هذا النسب طريقاً من طرق الدفاع لإثبات الميراث ، لا طلباً في الدعوى يراد الحكم به (ديمولومب ٥ فقرة ٢٨٤ — وانظر أيضاً : أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ هامش رقم ٣٠ — لوران ٣ فقرة ٤٧٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٥٩٣ ص ٥٩٥) .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٥٩١ — ديموج ٧ فقرة ٩٢٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٣١ — جوسران ٢ فقرة ٦٦٧ .

(٣) محكمة مصر المختلطة ١٢ مايو سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ رقم ١٥١ ص ١٧٩ ، ومع ذلك أنظر محكمة مصر المختلطة ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ رقم ٢٦٤ ص ٢٦٥ وقد قضت بأن حق الرجوع في وقفية ليس حقاً متصلاً بشخص المدين — ديرانتون ١٠ فقرة ٥٤٠ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٩ — ديمولومب ٢٠ فقرة ٦٩٢ — فقرة ٦٩٣ — لوران ١٢ فقرة ٢٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦١٣ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤ .

(٤) وهذا ما لم تظهر إرادة المصاب في المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي ، فإذا ظهرت هذه الإرادة قاطعة في صورة اتفاق مع المسئول أو بالمطالبة القضائية فقد أصبح حق التعويض حقاً مالياً كسائر الحقوق المالية يجوز للدائن استعماله (الوسيط ١ ص ٩١٩) . وكل تعويض عن عمل غير مشروع يجب أن يتميز فيه بين التعويض عن الضرر المادى وهذا غير متصل بشخص المدين ويجوز للدائن استعمال الحق فيه ، والتعويض عن الضرر الأدبي وهذا متصل بشخص المدين على الوجه الذى أوضحناه ولا يجوز للدائن أن يطالب به نيابة عن المدين (محكمة مصر المختلطة ١٢ مايو سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ رقم ١٥١ ص ١٧٩ — ديرانتون ١٠ فقرة ٥٥٧ — لوران ١٦ فقرة ٤١٩ — ديمولومب ٣٥ فقرة ٨٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٤ — فقرة ٩ — دى هلتس ١ لفظ créancier فقرة ٢٣ — فقرة ٢٥ — الأستاذ عبد السلام ذهني فقرة ٣٢٧ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٢ هامش رقم ١) . ويعتبر الضرر مادياً ولو وقع على جسم المدين لا على ماله ، ما دام أنه ضرر مادى لا ضرر أدبي (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٢٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٤ ص ٢٣٨ — بلانيول وريبير ويولانجيه ٢ فقرة ١٣٩٣ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ =

وحق المؤلف في نشر مؤلفه أو إعادة نشره (١).

٥٤٥ — ولا يجوز للدائن أنه يستعمل مفا للمدين غير قابل للحجز :

ولما كانت الدعوى غير المباشرة تستند إلى الضمان العام للدائنين كما تقدم القول ، فحقوق المدين غير القابلة للحجز — وهى لا تدخل في هذا الضمان — لا يجوز للدائن استعمالها ، إذ لا يستطيع التنفيذ عليها ، فتصبح الدعوى غير المباشرة دون جدوى . وجميع الحقوق التى يقضى القانون بعدم جواز الحجز عليها ، سواء كانت غير قابلة للتنازل عنها كحق السكنى وحق الاستعمال ، أو كانت قابلة للتنازل كمرتبات الموظفين ومعاشاتهم وديون النفقة والملكية الزراعية الصغيرة التى لا تزيد على خمسة فدادين (٢) ، كل هذه الحقوق لا يجوز للدائن استعمالها لانعدام المصلحة . وقد سبق أن عددنا تفصيلا أموال المدين التى لا يجوز الحجز عليها ، فنكتفى هنا بالإحالة إلى ما قدمناه من ذلك .

=فقرة ٤٣٢ — جوسران ٢ فقرة ٦٦٨ — عكس ذلك : ديمولومب ٢٥ فقرة ٨٢ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٩ ، بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٦٢٦ ص ٦٥٩ . وقد جاء فى كتاب أحكام الالتزام للدكتور صبحى المحمصانى (ص ٥٧) أن القضاء البنائى يذهب إلى أن الدية هى تعويض مادى وأدى للورثة عن فقد مورثهم ، وأنها بهذه الصفة تكون من حق الورثة مباشرة ، ولا يمكن أن تدخل فى عداد أموال المدين التى يجوز توقيع الحجز عليها من دائنيه (قرار الحاكم المنفرد فى جيل الصادر فى ٢١ تشرين الثانى سنة ١٩٥١ النشرة القضائية البنائية سنة ١٩٥٣ ص ٧٦) .

(١) ديموج ٧ فقرة ٩٢٧ ص ٣٠٧ — ويعتبر حق الوالد فى محاسبة ابنته على نفقات حفظ أمتعتها المودعة عنده حقاً متصلاً بشخصه (مصر الكلية الأهلية ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١١٨ ص ١٦٩) . كذلك يعتبر حق المدين الراهن فى نقل التكليف باسمه حقاً متصلاً بشخصه (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢١١) . هذا ويجوز للمدين أن ينزل عن حقه فى الاعتراض على مباشرة الدائن لدعوى متصلة بشخصه ، فقد تقرر الحظر لمصلحته ويستطيع أن ينزل عنه إذا شاء . كما يجوز ، على النقيض من ذلك ، كما سبق القول ، أن يشترط المدين على الدائن ألا يستعمل حقاً له ولو لم يكن هذا الحق متصلاً بشخصه . فالدعوى غير المباشرة ليست من النظام العام ، وإنما وضعت قواعدها لمصلحة كل من الدائن والمدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٦ — دى باج ٣ فقرة ١٩٠) .

(٢) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٠٩ ص ٤٥٢ — ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٠٤ — فقرة ٦٠٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٦٠٣ .

٥٤٦ - ولا يجوز للدائن أنه يستعمل عقا للمدين منقلا الى حد

الاستفراغ : وقد يكون الحق غير متصل بشخص المدين وقابلا للحجز عليه ، ولكنه حق مثقل برهن أو نحوه بما يجعل استعماله غير ذي فائدة للدائن . فعند ذلك لا تكون هناك مصلحة للدائن في استعمال هذا الحق . مثل ذلك أن يسترد الدائن عيناً مملوكة للمدين من تحت يد الحائز ، وتكون العين مرهونة ضماناً للمدين يستغرق قيمتها ، ففي هذه الحالة لا تكون للدائن مصلحة في استرداد هذه العين ما دام الدائن المرتهن يتقدم عليه ، فلا يبقى له شيء من ثمنها يستوفي منه حقه . ويستطيع كل من الحائز والمدين والدائن المرتهن في المثل المتقدم أن يدفع الدعوى غير المباشرة بهذا الدفع (١) .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على الدعوى غير المباشرة

٥٤٧ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٣٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يعتبر الدائن في استعمال حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين . وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه (٢) . » ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم واحد في التقنينين .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١٨ ص ٧٨٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣١٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة . وقد سئل في هذه اللجنة عما إذا كان يجوز للدائن باعتباره نائباً عن المدين أن يتصالح على الحق الذي يستعمله باسم المدين ، فأجيب بأنه لا يجوز ذلك لأن نيابة الدائن عن المدين مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه والصالح ينطوى على تصرف . وأصبح رقم المادة ٢٤٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦١١ - ص ٦١٢) .

المادة ٢٣٧ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٦٢ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٣٩ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٧٦ فقرة ٤ (١).

٥٤٨- الفكرة الأساسية في آثار الدعوى غير المباشرة هي نيابة الدائن

هي المدين : والآثار التي تترتب على الدعوى غير المباشرة تتركز كلها في فكرة أساسية ، هي نيابة الدائن عن المدين كما سبق القول . والنيابة هنا نيابة قانونية ، نص عليها التقنين المدني الجديد صراحة في صدر المادة ٢٣٦ كما رأينا . ويبرر هذه النيابة القانونية المصلحة المشروعة العاجلة التي للدائن في استعمال حقوق مدينه ، وقد قدمنا أن هذه المصلحة هي الفكرة الأساسية التي تقوم عليها شروط الدعوى غير المباشرة .

ويلاحظ أن هذه النيابة التي أثبتتها القانون للدائن عن المدين نيابة تتميز بأنها لمصلحة النائب لا لمصلحة الأصيل (٢) ، وبأنها مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه . ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

- (١) بالرغم من قيام هذه النيابة فإنه يجب إدخال المدين - وهو الأصيل - خصماً في الدعوى ، وكان مقتضى قواعد النيابة أن دخول الأصيل في الدعوى غير ضروري ، بل ويكون الحكم سارياً في حقه حتى لو لم يدخل .
- (٢) أن المدين إذا كان قاصراً أو احتاج إلى إجراءات خاصة لمباشرة الدعوى بنفسه ، فإن هذا لا يكون ضرورياً بالنسبة إلى الدائن وهو يباشر الدعوى عن المدين ، وكان مقتضى قواعد النيابة أن يكون هذا ضرورياً ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٣٧ (مطابقة للمادة ٢٣٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٦٢ (مطابقة للمادة ٢٣٦ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٣٩ (مطابقة للمادة ٢٣٦ من التقنين المدني المصري) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧٦ فقرة ٤ : «وتكون نتائج الدعوى مشتركة بين جميع الدائنين بدون أن يترتب للدائن الذي شرع في الدعوى امتياز ما على الآخرين» . (والحكم واحد في التقنينين اللبناني والمصري ، رغم اختلاف العبارة والأسلوب) .
(٢) بلانيول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ١٣٨٦ .

(٣) لا يجوز للدائن أن يصطلح على الحق الذي يستعمله باسم المدين ، فان نيابته مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه . وقد ذكر هذا الحكم صراحة في لجنة المراجعة (١) .

(٤) لا تغني إجراءات الدعوى غير المباشرة عن إجراءات التنفيذ ، فالدائن إنما يتوب عن المدين في استعمال الحق وحده ، وهو بعد الانتهاء من الدعوى غير المباشرة في حاجة إلى اتخاذ إجراءات تنفيذ مستقلة على الحق الذي يستعمله باسم المدين .

وهذه الفكرة الأساسية - أن الدائن ليس إلا نائباً عن المدين في استعمال حقه (٢) - هي التي تحدد آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى المدين الذي يستعمل الحق باسمه ، وبالنسبة إلى الخصم الذي يستعمل الحق ضده ، وبالنسبة إلى الدائن الذي يستعمل الحق باسم المدين . ونستعرض هذه الآثار متعاقبة .

المبحث الأول

آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى المدين

٤٥٩ - بقاء المدين محتفظاً بحقه : يبقى المدين محتفظاً بحقه الذي يباشره الدائن استعماله باسمه ، ولا ترتفع عنه يده ، لأن الدائن ليس إلا نائباً عنه ، والقاعدة أن الأصل يبقى حر التصرف فيما ناب عنه غيره فيه .

فيبقى المدين إذن محتفظاً بحرية التصرف في حقه حتى بعد أن يرفع الدائن الدعوى غير المباشرة . فان كان هذا الحق عيناً ، فللمدين أن يبيعها أو يقايض عليها أو يهبها ، لأنه لا يزال هو المالك ، ولم تغل الدعوى غير المباشرة يده عن التصرف في ملكه . وكل ما يستطيع الدائن أن يفعل هو أن يطعن في تصرف

(١) أنظر تاريخ نص المادة ٢٣٦ آنفاً فقرة ٥٤٧ في الهامش .

(٢) وهذه النيابة هي أيضاً الفرق الأساسي بين الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ، فالأولى يرفعها الدائن باسم المدين ، والأخرى يرفعها الدائن باسمه خاصة . وكالدعوى البولصية للدعوى المباشرة ودعوى الصورية ، يرفعها الدائن باسمه خاصة .

المدين بالدعوى البولصية إذا توافرت شروطها^(١). وإذا كان الحق ديناً، جاز للمدين أن يتصرف فيه حوالة بيع أو برهن أو بغير ذلك، ولا يستطيع الدائن إلا الطعن في التصرف بالدعوى البولصية على النحو المتقدم. وفي هذا تتجلى أفضلية حجز مال المدين لدى الغير على الدعوى غير المباشرة، فإن الحجز يرفع بد المدين عن الدين إلى حد كبير. هذا إلى أنه في الدعوى غير المباشرة يستطيع مدين المدين أن يفي بالدين إلى المدين، بخلاف ما إذا حجز تحت يده فلا يستطيع أن يفعل ذلك^(٢). ومن ثم كان التجاء الدائنين إلى حجز مال المدين لدى الغير أكثر بكثير من التجائهم إلى الدعوى غير المباشرة^(٣)، وقد قدمنا أن هذا هو التفسير لندرة الدعوى غير المباشرة في العمل^(٤).

وكما يستطيع المدين التصرف في حقه، يستطيع كذلك أن يصطلح عليه، بل يستطيع أن ينزل عنه عيناً كان أو ديناً، سواء كان ذلك قبل رفع الدعوى غير المباشرة أو بعد ذلك. وليس للدائن إلا الالتجاء إلى الدعوى البولصية كما قدمنا^(٥).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان المدين الذي يرفع الدائن باسمه الدعوى غير المباشرة يبقى محتفظاً بحرية التصرف في الحق المطالب به فيها، ومن ثم يكون هذا التصرف نافذاً في حق الدائن — شأنه فيه شأن المدين الذي صدر منه — ويكون الخصم المرفوعة عليه الدعوى (مدين المدين) حق التمسك به في مواجهة الدائن، إلا أن ذلك مقيد بشرط عدم قيام الغش والتواطؤ بين الخصم والمدين للإضرار بحقوق الدائن، ففي هذه الحالة يحق للدائن أن يطعن في تصرف المدين بالدعوى البولصية (نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦١ ص ٢٢٠).

(٢) بودري وبارد ١ فقرة ٦٤٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٩.

(٣) بل قد يكون الواجب هو أن يوقع الدائن حجزاً ما للمدين لدى الغير لا أن يرفع الدعوى غير المباشرة. وقد قضت محكمة النقض بأن الدائن الذي حكم له بدينه، ويريد اقتضاءه من مدين مدينه، لا يجوز له أن يرفع مثل هذه الدعوى، بل له أن يحجز على ما يكون لمدينه من مال (نقد) تحت يد الغير حجزاً تنفيذياً. فإذا لم يقر المحجوز لديه بالدين غشاً أو تدليساً، فله أن يرفع عليه دعوى الإلزام ليحكم له بدينه تعويضاً طبقاً لما تقضى به أحكام المادة ٢٩٩ مرافعات (٥٦٦ جديد) (نقض مدني ١٦ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٩ ص ١٠٩٥).

(٤) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢١ ص ٧٦٩ وهامش رقم ١.

(٥) لوران ١٦ فقرة ٤٠٢ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨١ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٣٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٩ — والتون ٢ ص ١٠٠ — ص ١٠١ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢١ ص ٧٦٩.

وللمدين كذلك أن يستقضى حقه بأى سبب من أسباب استقضائه . فله أن يستوفيه ، وله أن يقضيه بالتجديد أو بالمقاصة (١) أو باتحاد الذمة أو بالإبراء ، سواء كان سبب الانقضاء حدث قبل رفع الدائن للدعوى أو بعد ذلك (٢) . وله أن يحول بحقه إلى محال له (٣) ، كما سبق القول .

٥٥٠ — بل لا بد من دخول المدين خصماً في الدعوى غير المباشرة :

ولا يقتصر الأمر على بقاء المدين محتفظاً بحقه ، بل يجب أيضاً كما رأينا أن يدخل خصماً في الدعوى غير المباشرة ، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة . وقد كان مقتضى النيابة أن دخوله خصماً يكون غير ضرورى ، لكن النيابة هنا لمصلحة الدائن كما قدمنا ، فوجب أن يدخل المدين فى الخصومة حتى يتمكن من الرقابة والدفاع عن حقه ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٤) .

وقد قدمنا أن الدائن إذا لم يدخل المدين خصماً فى الدعوى ، جاز للخصم المرفوع عليه الدعوى أن يدفع بعدم قبولها ، إلا إذا دخل المدين من تلقاء نفسه أو أدخله الخصم . ومن ثم فإن الحكم الذى يصدر فى الدعوى — ودخول المدين فى الخصومة ضرورى كما رأينا — يكون سارياً فى حق المدين ، وفى حق الدائن

(١) لوران ١٦ فقرة ٤٠٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٢٥ .

(٣) استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٥٥ .

(٤) يصرح بعض الفقهاء فى فرنسا (انظر بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٧ وفقرة ٦٤٤ —

بلانيول وويبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٢ — دى هلتس ١ لفظ créancier فقرة ٣١ — فقرة ٣٢ وفقرة ٣٥) بخطأ القول بنياية الدائن عن المدين ، ويستندون فى ذلك إلى أن النيابة إنما تكون فى صالح الأصيل لا فى صالح النائب . وليست الحجة التى يستندون إليها بحجة مقنعة ، فانه إذا كانت النيابة كقاعدة عامة فى صالح الأصيل دون النائب ، فليس فى طبيعتها ما يمنع من أن تكون فى صالح النائب دون الأصيل .

وما يلاحظ فى هذا الصدد أن الدعوى غير المباشرة ليست دعوى مستقلة فى يد الدائن ، بل هى نفس دعوى المدين يباشرها الدائن باسمه ، ولذلك قيل لا توجد دعوى واحدة غير مباشرة ، بل توجد دعاوى غير مباشرة بقدر ما للمدين من الدعاوى (بلانيول وويبير وردوان ٧ فقرة ٨٩٥ — جوسران ٢ فقرة ٦٦٣) . وهذه الملاحظة من شأنها أن تؤيد فكرة النيابة التى أخذ بها صراحة التقنين المدنى الجديد (انظر نظرية النقد للمؤلف فقرة ٧٢١ ص ٧٧٠ هامش رقم ٣) .

الذى رفع الدعوى غير المباشرة ، وفي حق سائر الدائنين من دخل منهم في الخصومة ومن لم يدخل .

أما في التقنين المدني السابق فلم يكن دخول المدين خصماً في الدعوى ضرورياً لقبولها ، فكان من الجائز أن يرفع الدائن الدعوى غير المباشرة دون أن يدخل المدين خصماً فيها . ولكن الحكم في هذه الحالة لا يكون سارياً في حق المدين ، ولا في حق الدائنين الذين لم يدخلوا في الخصومة^(١) . فكان للمدين أن يقيم الدعوى من جديد على الخصم ، بل وكان لأي دائن لم يدخل في الدعوى أن يعيد رفعها باسم المدين^(٢) . ولما كانت هذه النتيجة غير مرغوب فيها ، فقد جرت العادة ، كما قدمنا ، أن الدائن يدخل المدين خصماً في الدعوى ، وإلا أدخله الخصم أو القاضى ، أو دخل هو من تلقاء نفسه^(٣) . وقد بسط التقنين الجديد هذه التعقيدات ، بأن أوجب إدخال المدين خصماً في الدعوى على النحو الذى بسطناه فيما تقدم^(٤) .

المبحث الثانى

آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى الخصم

٥٥١ — **عموم الخصم بالرائى :** والخصم في علاقته بالدائن يستطيع أن يدفع الدعوى بجميع الدفعات التى كان له أن يواجه بها المدين لو أنه هو الذى رفع الدعوى^(٥) . وهذا تطبيق آخر لأحكام النيابة .

-
- (١) استئناف مختلف ٥ يونيه ١٩٢٠ م ٤٣ ص ٢ .
(٢) ويتبين من ذلك أنه إذا لم يدخل المدين خصماً في الدعوى ، فإن الحكم الذى يصدر لصالحه يستفيد منه هو والدائنون الذين لم يدخلوا في الدعوى . أما إذا صدر الحكم ضده ، فلا يكون حجة عليه لا هو ولا دائنيه المذكورين (بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٦٣٠ ص ٤٥٣) .
(٣) انظر في كل ذلك نظرية المقدم للمؤلف فقرة ٧٢٢ ، والأحكام المشار إليها والمراجع . وانظر آنفاً فقرة ٥٣٩ .
(٤) انظر آنفاً فقرة ٥٣٩ .
(٥) تولى ٧ فقرة ٥٦٨ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١١٦ — لوران ١٦ فقرة ٤٠١ —
أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ٨٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٣٨ — بلانيول وريير وردوان ٧ فقرة ٩٦٩ .

فله أن يتمسك بجميع أسباب انقضاء الدين . كالوفاء^(١) والتجديد واتحاد الزمة والمقاصة والإبراء والتقادم وغير ذلك . سواء كان سبب الانقضاء سابقاً على رفع الدعوى أو تالياً له . كما سبقت الإشارة إلى ذلك .

كذلك للخصم أن يطعن في العقد الذي يتمسك به الدائن باسم مدينه بجميع أوجه البطلان التي كان يتمسك بها في مواجهة المدين . وله كذلك أن يتمسك في مواجهة الدائن بإجازة المدين لعقد قابل للإبطال كما كان يستطيع ذلك في مواجهة المدين نفسه ، حتى لو كانت هذه الإجازة قد صدرت بعد رفع الدعوى ، دون إخلال بحق الدائن في الطعن في هذه الإجازة بالدعوى البولصية .

كذلك للخصم أن يتمسك قبل الدائن بأي اتفاق بينه وبين المدين في شأن موضوع النزاع ، كما إذا تمسك بالاتفاق مع المدين على البقاء في الشيوع لمدة لا تزيد على الحد القانوني في دعوى قسمة رفعها الدائن ، أو بصلح تم مع المدين على الحق الذي رفع به الدائن الدعوى ، أو بعقد مستتر بينه وبين المدين يناقض العقد الظاهر الذي رفع الدائن الدعوى غير المباشرة على أساسه^(٢) ، أو بحجية الأمر المقضي^(٣) .

وبوجه عام ليس للدائن الذي يقيم دعوى باسم مدينه حق أكثر مما للمدين نفسه^(٤) . فلا يسوغ للدائن إذن أن يسلك طريقاً من طرق الإثبات ما كان للمدين أن يسلكه^(٥) . وإذا كان الحق المرفوع به الدعوى غير المباشرة هو حق المشتري في أخذ المبيع ولم يكن الثمن قد دفع ، فدائن المشتري عندما يستعمل

(١) ولا حاجة لأن تكون الخالصة الصادرة من المدين ثابتة التاريخ لتكون حجة على الدائن (استئناف مختلط ٣ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦٣) .

(٢) دي هلتس ١ لفظ créancier فقرة ٣٣ .

(٣) استئناف مختلط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ جازيت ١٣ رقم ٢٩٥ ص ١٧٣ — ٢٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٣ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة ، في عهد التقنين المدني السابق ، بأنه ليس للخصم أن يحتج على الدائن بحالة صدرت من المدين ولم تستوف شرائطها القانونية (١١ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩١ : ولكن كان يمكن اعتبار تمسك الخصم بالحالة بمثابة قبول لها) .

(٤) محكمة المنصورة المختلطة الجزئية ٤ فبراير سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ١٩٦ ص ٨٤ .

(٥) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٧ — محكمة أسبوط الكلية استئنافي ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٦٢ ص ١٤١ .

هذا الحق يجوز أن يواجهه البائع بوجوب دفع الثمن (١) .

ولكن ليس للخصم أن يدفع دعوى الدائن بدفع خاصة بشخص هذا الدائن ، كوقوع مقاصة بين الخصم والدائن شخصياً ، لأن الدائن إنما ينوب عن المدين فلا يتمسك قبله إلا بما يتمسك به قبل المدين (٢) .

وللخصم — والمدين لا بد أن يكون قد أدخل خصماً في الدعوى كما تقدم القول — أن يقيم في مواجهة المدين دعوى من دعاوى المدعى عليه . وكان لا يستطيع ذلك في عهد التقنين المدني السابق لو أن المدين لم يدخل خصماً في الدعوى ، لأن الخصم كان عندئذ لا يجد أمامه إلا الدائن يقيم في مواجهته دعوى المدعى عليه ، والدائن إذا كان يستطيع أن يكون مدعياً باسم مدينه فهو لا يستطيع أن يكون مدعى عليه باسم هذا المدين (٣) .

٥٥٢ — معرفة الخصم بالمدين : أما علاقة الخصم بالمدين فتبقى هي العلاقة الأصلية ، علاقة مدين بدائن . وللخصم أن يني دينة للمدين ويكون الوفاء صحيحاً كما قدمنا ، وله أن يصطلح عليه معه ، وأن يجدده ، وما إلى ذلك مما سبقت الإشارة إليه .

(١) استئناف مخطط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٧ .

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ١١٧ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩١٩ . ولكن يجوز للخصم أن يوفى الدائن الدين الذي له في ذمة المدين ، ويكون الوفاء صحيحاً في هذه الحالة ، وبذلك ترتفع عن الدائن صفته ، ولا يستطيع أن يستمر في مباشرة الدعوى إذ لم تعد له مصلحة في ذلك (لوران ١٦ فقرة ٤٠٦ — لاروميير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٣٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٣ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٤٠٥) . ويفعل الخصم ذلك إذا كان الدين الثابت في ذمة أكبر من الدين الثابت في ذمة المدين للدائن (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢١) . وإذا كان للخصم دين في ذمة الدائن يعادل الدين الذي للدائن في ذمة المدين ، فلا يستطيع الخصم إجراء المقاصة كما قدمنا لأن الحقين خير متقابلين ، ولكنه يستطيع الاتفاق مع الدائن على أن ينزل له عن الدين الذي له في ذمة وفاء الدين الذي في ذمة المدين للدائن ، فيصبح الدائن بعد أن استوفى حقه لا مصلحة له في أن يستمر في مباشرة الدعوى على النحو الذي قدمناه . ثم يرجع الخصم على المدين بما وفاه من دينه ، وله عندئذ أن يجري مقاصة بين ما وفاه من أجله وما هو في ذمة له .

(٣) لوران ١٦ فقرة ٤٠٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦١٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧

فقرة ٩٢٠ — نظرية العقد المؤلف فقرة ٧٢٣ هامش رقم ٣ .

المبحث الثالث

آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى الدائن

٥٥٣ - لا يستأثر الرائن ومعه بنتيجة الدعوى : والدائن الذى يستعمل الحق باسم مدينه هو نائب عنه كما قدمنا . ويترتب على ذلك أن الحكم الذى يصدر فى الدعوى ضد الخصم إنما يصدر لصالح المدين لصالح الدائن ، والمدين وحده هو الذى يفيد مباشرة منه . ويترتب على ذلك أيضاً أن الدائن يطالب الخصم فى الدعوى غير المباشرة بمقدار الحق الثابت فى ذمة الخصم للمدين ، لا بمقدار الحق الثابت فى ذمة المدين للدائن ، سواء كان المقدار الأول أقل من الثانى أو أكثر (١) . ويترتب على ذلك أخيراً أن ما حكم به للمدين يدخل فى أموال المدين فيندرج ضمن الضمان العام للدائنين ، فيفيد منه جميع الدائنين ، سواء من دخل منهم خصماً فى الدعوى ومن لم يدخل ، ولا يستأثر به الدائن الذى رفع الدعوى أو الدائنون الذين دخلوا فى الخصومة . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢٣٦ إذ تقول : « وكل فائدة تنج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين ، وتكون ضماناً لجميع دائنيه » (٢) .

٥٥٤ - التزام الرائين : وينبنى على أن الحق المحكوم به للمدين يكون ضماناً عاماً لكل الدائنين ، أن هؤلاء أن ينفذوا عليه جميعاً فيقسموه فيما بينهم قسمة غرماء (٣) . بل إنه إذا كان لأحد من هؤلاء الدائنين - ولو لم يكن الدائن

(١) على أن الخصم إذا رأى أن ما فى ذمة المدين للدائن أقل مما فى ذمته هو للمدين فإنه يستطيع أن ينى الدائن حقه ، فينهي الدعوى بذلك على النحو الذى قدمناه (لوران ١٦ فقرة ٤٠٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢١ - والتون ٢ ص ١٠١) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٤ و ص ٦١١ .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٨ - ٥ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ - ١٥ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ - ١٥ يونيو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٣ - والتون ٢ ص ٩٩ - ١٠٠ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٥ ص ٧٧٤ هامش رقم ٢ .

الذى رفع الدعوى — على الحق المحكوم به ما يجعله يتقدم فيه على سائر الدائنين ، كما إذا كان له رهن أو امتياز ، فانه يتقاضى حقه قبل الجميع (١) .

على أنه يلاحظ أن تراحم الدائنين انما يكون إذا تقدموا جميعاً في الوقت المناسب . أما إذا لم يتقدم أحد منهم حتى حكم في الدعوى غير المباشرة ، وانتهى الدائن الذى رفع الدعوى من إجراءات التنفيذ بحقه ، فانه يستقل بما حصل عليه ولا يشترك الباقي معه فيه (٢) . أما إذا مات المدين فتركته مسئولة عن ديونه جميعاً ، ولا يجوز لأحد من الدائنين ، إذا عين للتركة مصف ، أن يسابق الباقي ويسبق الى استيفاء حقه قبل الآخرين ، حتى لو كان هو الدائن الذى رفع الدعوى غير المباشرة (٣) .

لذلك كثيراً ما يحتاط الدائن عند رفع الدعوى باسم المدين ، فيتخذ الى جانب إجراءات رفع الدعوى إجراءات أخرى تكفل له الاستيلاء على ما يحكم به ضد الخصم والتنفيذ عليه بحقه . وفي هذا يقوم الدائن بعملين متميزين أحدهما عن الآخر: رفع الدعوى غير المباشرة باسم مدينه وهذا لا يقتضى أكثر من أن يكون حقه خالياً من النزاع كما تقدم القول ، ثم اتخاذ إجراءات ضد المدين نفسه بعد أن يدخله في الدعوى . وهذه الاجراءات اما أن يريد بها المطالبة بحقه وفي هذه الحالة يكفى أن يكون هذا الحق مستحق الأداء ، واما أن يريد بها التنفيذ وفي

(١) لوران ١٦ فقرة ٤٠٧ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٣ .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٨٠ — ١١ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٩١ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٦ — ٥ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ — ١٥ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٣ .

ذلك أن الدعوى غير المباشرة — كالدعوى البولصية ودعوى الصورية — لا تتخذ فيها إجراءات جماعية باسم جميع الدائنين كما هي الحال في الإفلاس التجارى . أما في القانون الرومانى فقد كانت الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية يباشرهما نائب عن جميع الدائنين (magister, curator bonorum) ، وكانا تدخلان ضمن الإجراءات التى تتبع لتصفية أموال المدين المفلس ، ولم يكن القانون الرومانى يميز بين الإفلاس التجارى والإفلاس المدنى (لابييه في المجلة الانتقادية سنة ١٨٥٦ المجلد التاسع ص ٢٠٨) .

(٣) استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٨٦ — ٦ يونيو سنة ١٩٠٠ م ١٢

هذه الحالة يجب أن يكون الحق ثابتاً في سند قابل للتنفيذ . واتخاذ إجراءات التنفيذ في وقت رفع الدعوى غير المباشرة يكفل للدائن أن يستولى لنفسه على ما يحكم به ليستوفي حقه ، فيأمن بذلك إلى حد كبير مبادرة المدين إلى التصرف في حقه قبل أن ينفذ عليه الدائن . ولكن هذا لا يمنع بقية الدائنين من الدخول في الدعوى ، أو من الاشتراك في اجراءات التنفيذ ، فيقسم الحق بينهم جميعاً قسمة غرماء (١) .

الفرع الثالث

الدعوى المباشرة *

(Action directe)

٥٥٥ — **مطلب الدعوى المباشرة** : رأينا فيما قدمناه عن الدعوى غير المباشرة ندرة هذه الدعوى في العمل وقلة فائدتها للدائن الذي يباشرها . ويرجع ذلك بنوع خاص الى تزامم الدائنين مع الدائن الذي رفع الدعوى . ولهذا يعتمد المشرع ، في بعض الحالات التي يرى فيها أن يولى الدائن حماية خاصة ، الى أن يجعل لهذا الدائن — الى جانب الدعوى غير المباشرة التي يشترك في فائدتها معه سائر الدائنين — دعوى مباشرة (action directe) قبل مدين المدين . ويستأثر الدائن ، بفضل هذه الدعوى المباشرة ، بالحق الذي لمدينه في ذمة مدين المدين ، ويصبح بمثابة دائن له امتياز على هذا الحق يتقدم بمقتضاه على سائر الدائنين

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٣٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٥ مكررة — بلانيول وريير وردوان ٧ فقرة ٩٢٤ .

* مراجع : سرجان (Sergent) في الدعاوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩٠٣ — سوليس (Solus) في الدعاوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩١٤ — دبريه (Debray) حقوق الامتياز على الديون والدعاوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩٢٨ — بينيه (Binay) الدعوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٤ — روبينو (Robino) في حقوق الامتياز وأسباب التقدم الأخرى على الديون رسالة من بوردو سنة ١٩٥٠ — ديموج ٧ فقرة ٩٨٩ — فقرة ١٠١٨ — فلاتيه (Flattet) في العقود لحساب الغير باريس سنة ١٩٥٠ فقرة ١٣٤ — فقرة ١٤٤ — بيدان وفوران (Beudant et Voirin) ١٣ فقرة ٢٥٢ — فقرة ٢٦٣ .

ليستوفى منه حقه^(١) . ونرى من ذلك ما بين الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة من تقابل يحمل على معالجة الثانية عقب الأولى ، وهذا ما فعلناه في كتاب نظرية العقد^(٢) ، ونفعله الآن هنا ، وفعله قبلنا بعض الفقهاء^(٣) .

على أن الدعوى المباشرة تعتبر من ناحية أخرى ، وفي الصور التي يكون فيها حق المدين في ذمة مدين المدين ناشئاً عن عقد ، خروجاً على القواعد العامة التي تقضي بأن العقد لا يكون سارياً إلا في حق أطرافه ، فلا يتعدى أثره إلى الغير . ذلك أن العقد الذي أنشأ حقاً للمدين في ذمة مدين المدين يجعل للدائن المدين سبيلاً مباشراً إلى هذا الحق دون أن يكون هذا الدائن طرفاً في العقد . مثل ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٩٦ مدني من أنه « يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن يندره المؤجر » . فهذا عقد إيجار من الباطن أنشأ لأحد طرفيه ، وهو المستأجر الأصلي ، حقاً في ذمة الطرف الآخر ، وهو المستأجر من الباطن . أما المؤجر فهو ليس طرفاً في عقد الإيجار من الباطن ، وكان ينبغي ألا يسرى هذا العقد في حقه . ومع ذلك فإن النص المتقدم الذكر يجعل للمؤجر دعوى مباشرة يطالب بمقتضاها المستأجر من الباطن بالحق الذي أنشأه في ذمته لمصلحة المستأجر الأصلي عقد لم يكن المؤجر طرفاً فيه وهو عقد الإيجار من الباطن . ومن ثم يعالج بعض الفقهاء^(٤) الدعوى المباشرة كاستثناء للقاعدة التي تقضي باقتصار أثر العقد

(١) دى باج ٢ فقرة ٧١٦ — هذا وقد يتصور فرق بين حق الإمتياز والدعوى المباشرة : فلو اجتمع دائنان ، أحدهما له دعوى مباشرة لا حق امتياز ، ورفع الثاني الدعوى غير المباشرة وحكم له على مدين المدين ووفى هذا للمدين بما في ذمته ، فإن صاحب الدعوى المباشرة لا يملك في هذه الحالة إلا أن يشترك مع الدائن الآخر فيقسم الحق بينهما قسمة غرماء ، وهذا بخلاف ما إذا كان للدائن حق امتياز بدلا من الدعوى المباشرة فإنه في هذه الحالة يتقدم على الدائن الآخر . والأفضل للدائن ، إذا لم تكن له إلا دعوى مباشرة ، ولم يكن له حق امتياز ، أن يدخل خصماً في الدعوى غير المباشرة التي رفعها الدائن الآخر ، ويطلب من مدين المدين أن يفي له بالدين مباشرة ، فيستقل به دون سائر الدائنين (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٦ ص ٧٧٥ هامش رقم ٢) .

(٢) وإن كنا قد أوردنا الدعويين ، في كتاب نظرية العقد ، مع الدعوى البولصية ودعوى الصورية في صدد الكلام في أثر العقد بالنسبة إلى الأشخاص .

(٣) انظر ديموج ٧ فقرة ٩٨٩ وما بعدها — جوسران ٢ فقرة ٦٧٣ .

(٤) انظر دى باج ٢ فقرة ٧١٣ — الأستاذ حلمي بهجت بدوى في نظرية العقد فقرة ٢٦١ . ويرى الأستاذان إسماعيل غانم وشمس الدين الوكيل أن المكان الطبيعي لدراسة الدعوى المباشرة =

على طرفيه ، وهذا أيضاً وضع منطقي سليم .

ولما كانت الدعوى المباشرة إنما تتقرر ، كما سنرى ، بنص تشريعى خاص ، شأنها فى ذلك شأن حق الامتياز ، فإن التقنين المدنى المصرى ، الجديد والقديم ، والتقنينات المدنية العربية الأخرى لم تعرض لهذه الدعوى بنص عام ، مقتصرة على الحالات التى قررتها فيها بنصوص خاصة ، وذلك فيما عدا تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فانه أورد نصاً عاماً فى الدعوى المباشرة عقب النص الذى أورده فى الدعوى غير المباشرة ، هو المادة ٢٧٧ وتجرى على الوجه الآتى : « يكون الأمر على خلاف ما تقدم (أى لا تكون نتيجة الدعوى مشتركة بين جميع الدائنين) إذا كان القانون يمنح الدائنين على وجه استثنائى حق إقامة الدعوى المباشرة ، فان نتائجها تعود إلى المدعى دون سواه ، ولا يلزمه أن يقسم الربح بينه وبين سائر الدائنين . على أن هذه المعادلة لا يمكن إجراؤها إلا إذا كانت مقرررة بنص صريح يفسر بمعناه المحصور^(١) » .

وسنورد الحالات التى نص المشرع فى التقنين المدنى المصرى الجديد على أن الدائن يكون له فيها دعوى مباشرة ضد مدين المدين ، ثم نبحث الأساس القانونى والتصوير الفنى للدعوى المباشرة .

المبحث الأول

حالات الدعوى المباشرة فى التقنين المدنى المصرى

٥٥٦ - المؤجر مع المستأجر من الباطن : تنص المادة ٥٩٦ من التقنين المدنى المصرى على ما يأتى :

« ١ - يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يودى للمؤجر مباشرة ما يكون

= تفصيلاً يكون عند دراسة نظرية التأمينات (الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ١٣٥ هامش رقم ١) .

(١) انظر فى ذلك الدكتور صبحى الحمصانى فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى

ص ٥٩ - ص ٦٠ .

ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر .

« ٢ — ولا يجوز للمستأجر من الباطن أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأصلي ، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الإنذار وفقاً للعرف أو لإتفاق ثابت تم وقت الإيجار من الباطن ^(١) .

ويتبين من هذا النص أن للمؤجر دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن ، يستطيع بموجبها أن يطالبه بالأجرة وبغير ذلك من الالتزامات التي أنشأها عقد الإيجار من الباطن في ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي ، كالتعويض عن الحريق وعن التلف ونحو ذلك . والمقدار الذي يطالب به المؤجر المستأجر من الباطن هو المقدار الذي في ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي وقت أن ينذر المؤجر المستأجر من الباطن أن يدفع له هذا المقدار ^(٢) ، وليس المقدار الذي في ذمة المستأجر الأصلي للمؤجر ، إلا إذا كان هذا المقدار الثاني أقل من المقدار الأول فتكون العبرة بالمقدار الأقل .

ولو لا هذا النص لما جاز أن يكون للمؤجر هذه الدعوى المباشرة ضد المستأجر من الباطن ، ولما استطاع المؤجر أن يرجع على المستأجر من الباطن إلا بالدعوى غير المباشرة ، ولزاحمه في نتيجة هذه الدعوى سائر دائني المستأجر

(١) ليس الغرض من إيراد النصوص التي تنشئ الدعوى المباشرة شرح هذه النصوص ، فهذا الشرح مكانه في العقود التي تقررت فيها هذه الدعوى . ونقتصر هنا على استخلاص المقومات الرئيسية للدعوى المباشرة كما وردت في هذه النصوص — هذا ويوجد في التقنينات المدنية العربية الأخرى نصوص ، كنص المادة ٥٩٦ مصري ، تجعل للمؤجر دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن : في التقنين المدني السوري المادة ٥٦٣ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٧٧٦ فقرة ثانية ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٥٩٥ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتان ٥٨٧ — ٥٨٨ .

(٢) ولا يعتد — كما يقول النص — بالأجرة التي عجلها المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي عن مدة انتفاع مستقبلية ، إلا إذا كان تعجيل الأجرة قد تم قبل الإنذار وكان متفقاً مع العرف أو مع اتفاق ثابت بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن تم وقت عقد الإيجار من الباطن . ويترتب على ذلك أنه إذا عجل المستأجر من الباطن الأجرة للمستأجر الأصلي بعد الإنذار ، فلا يكون هذا التعجيل نافذاً في حق المؤجر حتى لو كان متفقاً مع العرف أو مع اتفاق ثابت . أما إذا عجل الأجرة قبل الإنذار ، فإن هذا التعجيل يكون نافذاً في حق المؤجر بشرط أن يكون متفقاً مع العرف أو مع اتفاق ثابت .

الأصلي (١) . ويترتب على قيام دعوى مباشرة للمؤجر ضد المستأجر من الباطن أن للمؤجر أن يحجز بحقه حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد مدين المستأجر من الباطن ، أى تحت يد مدين مدين مدينه ، ولم يكن ليستطيع ذلك لو لم تكن له دعوى مباشرة تجعل المستأجر من الباطن مديناً له مباشرة ؛ فيكون مدين المستأجر من الباطن مديناً لمدينه ، فيصح الحجز تحت يده (٢) .

٥٥٧ — المقاول من الباطن والعمال مع رب العمل : وتنص المادة ٦٦٢

من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

« ١ — يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى . ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل » .

« ٢ — ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز . ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه . ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة » .

« ٣ — وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل » (٣) .

ويتبين من هذا النص أن العقد مابين المقاول ورب العمل ينشئ دعوى مباشرة لعمال المقاول وللمقاولين من الباطن ضد رب العمل . يطالبون بموجها رب العمل بما في ذمته للمقاول وقت رفع الدعوى المباشرة . إلا إذا كان ملهم

(١) وقد كان التقنين المدني السابق لا يحتوى على نص مقابل للمادة ٥٩٦ من التقنين المدني الجديد ، ومن ثم لم يكن للمؤجر ضد المستأجر من الباطن إلا الدعوى غير المباشرة (انظر عقد الإيجار للمؤلف فقرة ٤٢٣ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٦ ص ٧٧٦) .

(٢) ديموج ٧ فقرة ٩٩٣ .

(٣) وهذه الدعوى المباشرة وحق الامتياز هذا مقرران أيضاً في التقنين المدني السوري (م ٦٢٨) ، وفي التقنين المدني العراقي (م ٨٨٣) ، وفي التقنين المدني الليبي (م ٦٦٠) ، وفي تقنين الموجبات والعقود البناني (م ٦٧٨) .

في ذمة المقاول أقل من هذا المقدار فيطالبون رب العمل بما لهم في ذمة المقاول فقط . ولما كانت الدعوى المباشرة هنا قد أعطيت لدائنين متعددين ، فإن كلا منهم يتقاضى من مدين مدينه ، وهو رب العمل ، بنسبة ماله من حق إذا لم يكن دين رب العمل للمقاول يتسع للوفاء بحقوقهم جميعاً كاملة .

كذلك لعمال المقاولين من الباطن دعوى مباشرة على النحو المتقدم ، ضد المقاول الأصلي وهو مدين مدينهم ، بل وضد رب العمل وهو مدين مدينهم . ول هؤلاء الدائنين جميعاً — عمال المقاول الأصلي وعمال المقاول من الباطن والمقاولين من الباطن — إلى جانب الدعوى المباشرة حق امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز منهم تحت يد رب العمل أو تحت يد المقاول الأصلي ، كل منهم بنسبة حقه . ويتقدمون بفضل هذا الامتياز على جميع دائني المدين المحجوز عليه ، بل ويتقدمون بفضل هذا الامتياز أيضاً على من تنازل له المدين المحجوز عليه عن حقه قبل المحجوز لديه ولو كان هذا التنازل سابقاً على الحجز .

فهنا قد أنشأ النص دعوى مباشرة للدائن ضد مدين مدينه ، بل وضد مدين مدين مدينه في بعض الصور ، ودعم هذه الدعوى المباشرة بحق امتياز (١) .

٥٥٨ — الموكل مع نائب الوكيل : وتنص المادة ٧٠٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك ، كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية » .

(١) والمادة ٦٦٢ من التقنين المدني المصري أوسع نطاقاً من نظيرتها المادة ١٧٩٨ من التقنين المدني الفرنسي من وجوه عدة : (٦) الدعوى المباشرة في التقنين المصري أعطيت لعمال فحسب بل أيضاً للمقاولين من الباطن ، ولم تعط في التقنين الفرنسي إلا لعمال . (ب) يدعم حق الامتياز الدعوى المباشرة في التقنين المصري ، وليس هناك حق امتياز في التقنين الفرنسي . (ج) نص التقنين المصري على تقدم العمال والمقاولين من الباطن على من تنازل له المدين عن حقه ، وفي التقنين الفرنسي يتقدم المتنازل له إذا كان هو الأسبق ويكون التنازل نافذاً في حق العمال . (انظر في المادة ١٧٩٨ من التقنين المدني الفرنسي ديموج ٧ فقرة ٩٩٥) .

« ٢ — أما إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب ، فإن الوكيل لا يكون مسئولاً إلا عن خطأه في اختيار نائبه أو عن خطأه فيما أصدر له من تعليمات ».

« ٣ — ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر »^(١).

ويتبين من هذا النص أن عقد الوكالة من الباطن ما بين الوكيل ونائبه ينشئ دعوى مباشرة للموكل ضد نائب الوكيل ولنائب الوكيل ضد الموكل .

وفي الصورة التي يرخص فيها الموكل للوكيل في إقامة نائب عنه يمكن القول أن نائب الوكيل ، بفضل قواعد الوكالة المستخلصة من هذا الترخيص ، يصبح مباشرة وكيلًا للموكل ، فلا حاجة لنا هنا بنص ينشئ الدعوى المباشرة . على أنه حتى في هذه الصورة ، إذا أقام الوكيل نائباً عنه دون أن يخبره بعقد الوكالة الصادر له هو من موكله ، فإن قواعد النسخير (الإسم المستعار *prêt-nom*) هي التي تسري في هذه الحالة ، ولا تسمح هذه القواعد بقيام علاقة مباشرة ما بين الموكل ونائب الوكيل ، فيكون نص المادة ٧٠٨ ضرورياً لإيجاد هذه العلاقة المباشرة في صورة الدعوى المباشرة .

أما إذا لم يرخص الموكل للوكيل في إقامة نائب عنه ، ومع ذلك أقام الوكيل نائباً ، فقواعد الوكالة وحدها لا تسمح بقيام علاقة مباشرة ما بين الموكل ونائب الوكيل لولا نص المادة ٧٠٨ .

لذلك يكون نص المادة ٧٠٨ قد أنشأ فعلاً دعوى مباشرة في الحالتين اللتين عرض لهما ، وعلى النحو الذي بسطناه . ولولا هذا النص لما أمكن قيام الدعوى

(١) ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٦٧٤ وهي مطابقة . وفي التقنين المدني العراقي المادة ٩٢٩ ، وتجرى على الوجه الآتي : « ليس للوكيل أن يوكل غيره » ، إلا أن يكون قد أذن الموكل في ذلك أو فوض الأمر لرأيه . ويعتبر الوكيل الثاني وكيلًا عن الموكل ، فلا ينزل بعزل الوكيل الأول ولا بموته » ، فالدعوى المباشرة هنا تقوم على قواعد الوكالة . وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٠٨ وهي مطابقة . وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧٨٤ ، وتجرى على الوجه الآتي : « في جميع الأحوال يكون نائب الوكيل مسئولاً لدى الموكل مباشرة كالوكيل نفسه ، وتكون له حقوق الوكيل نفسها » ، وهذه هي الدعوى المباشرة ما بين الموكل ونائب الوكيل .

المباشرة ، ولما كانت قواعد الوكالة وحدها كافية في ذلك (١) .

والدعوى المباشرة تقوم ما بين الموكل ونائب الوكيل كما قدمنا . فيستطيع الموكل بفضلها أن يرجع مباشرة على نائب الوكيل بجميع حقوق الموكل ، بل ويكون الوكيل الأصلي متضامناً مع نائبه في المسئولية . وكذلك يستطيع نائب الوكيل أن يرجع مباشرة على الموكل بجميع حقوق الوكيل . ولا يكتفى أى منهما بالدعوى غير المباشرة التي كان يقتصر عليها — فيتحمل مزاحمة دائئى مدينه — لو لم يوجد نص المادة ٧٠٨ .

٥٥٩ — المضرور مع شركة التأمين : وهناك أخيراً حالة للدعوى المباشرة تدرجت فيها التشريعات الخاصة ، وهى حالة رجوع المضرور في حادث بدعوى مباشرة على شركة التأمين التي أمنت المسئول عن هذا الحادث . فمن الواضح أن المضرور في الحادث يرجع على المسئول بالتعويض عن الضرر الذى أصابه ، ويرجع المسئول على شركة التأمين التي أمنت مسئوليته . أما أن يرجع المضرور بدعوى مباشرة على شركة التأمين فهذا ما لا بد فيه من نص .

وقد كفل في فرنسا قانون ١٩ فبراير سنة ١٨٨٩ لمالك العين المؤجرة وللخيران المستأجرين أن يستوفوا التعويض ، عند احتراق العين المؤجرة ، من مبلغ التأمين على الحريق . ثم كفل قانون ٩ أبريل سنة ١٨٩٨ (ويكملة قانون ٣١ مارس سنة ١٩٠٥) للعامل المضرور في حادث من حوادث العمل أن يرجع بدعوى مباشرة على شركة التأمين التي أمنت مسئولية رب العمل . ثم أنشأ قانون ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ حق امتياز للمضرور في أى حادث على مبلغ التأمين الذى اشترطه المسئول في التأمين على مسئوليته . وانتهى الأمر في فرنسا إلى تعميم الدعوى المباشرة ، فقضت المادة ٥٣ من قانون ١٣ يولييه سنة ١٩٣٠ باعطاء الدعوى المباشرة لكل مضرور في حادث ضد شركة التأمين التي أمنت المسئول .

أما في مصر فقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ينص في المادة ٨٣٢ منه على أنه « لا يجوز للمؤمن أن يدفع لغير المصاب مبلغ التأمين المتفق عليه كله أو بعضه ، ما دام المصاب لم يعرض بما لا يتجاوز هذا المبلغ عن الأضرار التي

(١) انظر فلاتيه في العقود لحساب الغير فقرة ١٣٩ — وقارن الأستاذ حلمى بهجت بدوى في نظرية العقد فقرة ٢٦١ ص ٣٧٥ .

نشأت عنها مسئولية المؤمن له . فكان هذا النص يجعل للمضروب دعوى مباشرة قبل شركة التأمين ، فيتقاضى منها في حدود مبلغ التأمين التعويض المستحق له ، دون أن يزاحمه في ذلك دائنو المستول . ولكن هذا النص قد حذف ، وترك الأمر فيه لتشريع خاص يصدر فيما بعد . وحتى يصدر هذا التشريع متضمنا النص المحذوف ، لا يمكن القول بأن للمضروب دعوى مباشرة قبل شركة التأمين ، ولا يرجع المضروب على الشركة إلا بطريق الدعوى غير المباشرة ، وذلك بأن يستعمل دعوى مدينه المستول وفي هذه الحالة يزاحمه دائنوه (١) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المضروب في حادث يستطيع الرجوع مباشرة على شركة التأمين ، ولا تستطيع الشركة أن تدفع دعوى المضروب إلا فيما يجاوز مبلغ التأمين المتفق عليه ، طبقا للحدود المرسومة لمسئوليتها (٢) . والقول بأن للمضروب أن يرجع مباشرة على شركة التأمين دون نص تشريعي لا يمكن تخريجه ، وفقاً للقواعد العامة ، إلا عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير ، فيقال إن المستول عندما تعاقد مع شركة التأمين اشترط مبلغ التأمين لمصلحة المضروب ، فصار للمضروب حق مباشر - لا دعوى مباشرة (٣) - قبل الشركة . ويجب الرجوع في ذلك إلى وثيقة التأمين ، لينظر هل يمكن أن يستخلص من نصوصها هذا الاشتراط (٤) .

على أن هناك حالة في مصر ورد فيها تشريع خاص ينشئ الدعوى المباشرة . فقد قضى قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ بشأن اصابات العمل (وقد حل محل القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦) بأن لكل عامل أصيب بسبب العمل وفي أثناء تأديته الحق في الحصول من صاحب العمل على تعويض مقدر في القانون بحسب جسامته

(١) انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٥٧ .

(٢) استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٧ - وانظر أيضاً : استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٧ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٠٥ - عكس ذلك : استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٩ . وانظر الأستاذ حلمي بهجت بدوى في نظرية العقد فقرة ٢٦٠ ص ٣٧٣ .

(٣) وسرى أن الحق المباشر للمتفع في الاشتراط لمصلحة الغير ليس هو الدعوى المباشرة .

(٤) استئناف مختلط ١٥ يولية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ - الوسيط الجزء الأول

فقرة ٦٥٧ ص ٩٨٤ هامش رقم ٢ .

الإصابة، وإذا كان صاحب العمل مؤمناً على حوادث العمل (وقد فرض القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٤٢ التأمين الإجبارى على أصحاب الأعمال)، جاز للعامل أن يطالب بحقوقه رب العمل وشركة التأمين معاً متضامنين . فهذا التشريع قد جعل للعامل دعوى مباشرة يرجع بها على شركة التأمين . وإذا دفعت الشركة قيمة التعويض ، فإنها تحل محل صاحب العمل فى حقوقه قبل المشلول عن الحادث .

٥٦٠ — حالات تنبى خطأ بالدعوى المباشرة : وهناك حالات

يقال فيها عادة ان للدائن دعوى مباشرة ، والصحيح أن هذه الدعوى ليست بالدعوى المباشرة التى نعينها هنا ، بل هى دعوى تقوم على أساس من القواعد العامة فلا تحتاج إلى نص خاص .

من ذلك انتقال دعوى السلف إلى الخلف الخاص كما فى رجوع مشتري الأرض بضمان الاستحقاق مباشرة على البائع لباثعه ، وكما فى رجوع مشتري البناء مباشرة على المهندس أو المقاول الذى تعاقد مع بائع البناء . ففى مثل هذه الأحوال يكون الرجوع لا بمقتضى دعوى مباشرة لم يرد فى شأنها نص خاص ، بل ان دعوى السلف — بائع الأرض أو بائع البناء — قد انتقلت إلى الخلف — مشتري الأرض أو مشتري البناء — فرجع بها على مدين السلف . وآية ذلك أن هذه الدعوى ، بعد انتقالها إلى الخلف ، لم تعد فى متناول السلف^(١) . وذلك بخلاف الدعوى المباشرة ، فهى تكون للدائن قبل مدين المدين ، مع بقاء دعوى المدين قبل مدين المدين .

كذلك إذا رجع من تعاقد مع النائب على الأصيل مباشرة ، فلا يرجع بالدعوى المباشرة ، ولكن بدعوى العقد ذاته الذى قام مع الأصيل مباشرة ،

(١) وقد قضت محكمة النقض ، تأييداً لهذا المعنى ، بأن المشتري من مشتري لم يسجل عقده لا يستطيع أن يكلف البائع الأصيل بالتوقيع له هو على عقد بيع صالح للتسجيل إذ هو لم يتعاقد معه ، بل كل ماله — حتى لو قيل بوجود حق مباشر له قبله — هو أن يطلب منه التوقيع على عقد بيع صالح للتسجيل لمن اشترى منه (نقض مدنى ١٦ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٩ ص ٨٨٠) . فالدعوى التى للمشتري من المشتري قبل البائع هى نفس الدعوى التى كانت للمشتري قبل البائع ، وقد انتقلت من المشتري إلى خلفه الخاص أى إلى المشتري من المشتري .

بعد أن اختفى شخص النائب وفقاً لقواعد النيابة المعروفة .

ويرجع المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير على المتعهد بحق مباشر استمده من العقد ، وليس رجوعه بالدعوى المباشرة ، ولكن بمقتضى هذا الحق المباشر الذى أنشأه عقد الاشتراط .

ويرجع المؤجر والمتنازل له عن الإيجار كل منهما على الآخر رجوعاً مباشراً ، وليس هذا الرجوع بالدعوى المباشرة ، ولكن التنازل عن الإيجار جعل كلا من المؤجر والمتنازل له عن الإيجار مديناً مباشرة للآخر ، فأصبحت دعوى كل منهما ضد الآخر هى دعوى المدين ضد مدينه لا ضد مدين مدينه (١).

المبحث الثانى

الأساس القانونى والتصوير الفنى للدعوى المباشرة

٥٦١ — الدعوى المباشرة لا تزال فى طريق التطور : ويتبين مما تقدم أننا فى شأن الدعوى المباشرة لا تزال أمام حالات خاصة وردت فيها نصوص تشريعية متناثرة تنشئ هذه الدعوى . ويستخلص من ذلك أن الدعوى المباشرة ، كحق الامتياز ، لا تنقرر إلا بنص خاص ، ولم توجد بعد قواعد عامة ترد إليها. ولا تزال النظرية العامة للدعوى المباشرة حتى اليوم فى دور التكوين ، ولم تبلغ غايتها من التطور . وفى هذا المعنى يقول فلأبيه : « لا تزال من الدعوى المباشرة فى مرحلة من التطور تتجمع فيها الاستثناءات تجمعا لا يخلو من عدم التناسق . وفى القانون الرومانى يوجد أكثر من مثال لنظم قانونية امتثلت مما قد تجمع من الاستثناءات . فنظرية النيابة ونظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، كل منهما قد تم تكوينه على هذه الوتيرة . وقد كثر فى الوقت الحاضر عدد الدعاوى المباشرة إلى حد يسمح بالقول إن هناك اتجاها بارزا إلى جعل العقد ينتج آثاره فى حق غير المتعاقدين . وقد سلم تسليما نهائيا بكل من نظرية النيابة

(١) انظر فى بعض هذه الحالات المشتبه فيها الأستاذ حلمى بهجت بدوى فى نظرية العقد

ونظرية الاشتراط لمصلحة الغير . وتبقى الآن الدعاوى المباشرة مصدراً تتبع منه نظرية جديدة ، تأتي لتأخذ مكانها إلى جانب هاتين النظريتين (١) .

٥٦٢ - الأساس القانوني للدعوى المباشرة : بدأ لابييه (Labbé)

في مقاله المعروف في المجلة الانتقادية (٢) باقامة الدعوى المباشرة على فكرة حق الامتياز . فالدائن الذي تثبت له دعوى مباشرة ضد مدين مدينه هو شخص قد أوجد لمدينه حقاً في ذمة مدين المدين ، بسبب منفعة قدمها أو بسبب خسارة تحملها ، فوجب إذن أن يكون له امتياز على هذا الحق الذي وجد بفعله . فالمؤجر قدم منفعة العين المؤجرة للمستأجر ، وبفضل هذه المنفعة أصبح المستأجر دائئاً بالأجرة للمستأجر من الباطن ، ومن ثم يكون للمؤجر حق امتياز على هذه الأجرة ، إذ المنفعة التي قدمها كانت السبب في وجود هذا الحق . والمضروب في حادث تحمل خسارة كانت هي السبب في وجود حق المسئول قبل شركة التأمين ، فيكون للمضروب امتياز على هذا الحق الذي ما كان ليوحد لولا الخسارة التي تحملها .

وهذا الرأي على قوته ينزل الدعوى المباشرة منزلة حق الامتياز ، ولما كان حق الامتياز لا ينشأ إلا بنص خاص ، فان الدعوى المباشرة تبقى موكولة إلى نصوص خاصة ، فلا ترد إلى أصل عام .

وهناك من رد الدعوى المباشرة إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير (٣) ، فكأن المدين قد اشترط على مدينه رجوعاً مباشراً لمصلحة دائئه . وهذا محض افتراض ، لا ينهض به أساس من الواقع .

وهناك من ردها إلى فكرة النيابة (٤) ، فكأن المدين قد ناب عن دائئه في

(١) فلاتيه في العقود لحساب الغير فقرة ١٣٦ ، وانظر أيضاً فقرة ١٤٣ ص ١٩١ - ص ١٩٢ .

(٢) مقال في الامتيازات الخاصة على الديون : المجلة الانتقادية سنة ١٨٧٦ ص ٥٧١ و ص ٦٦٥ .

(٣) ألكس وايل (Alex Weill) فقرة ٤٤٤ ص ٧٦٢ .

(٤) جيلوار في الإيجار ١ ص ٣٦٩ - جوسران ٢ فقرة ١٢٢٧ - انظر أيضاً استعراضاً لبعض هذه النظريات في ديموج ٧ فقرة ١٠١٤ .

التعاقد مع مدين المدين . وهذا أيضاً افتراض لا يقوم على أساس .

وهناك من رد الدعوى المباشرة إلى فكرة الإثراء بلا سبب^(١) . فالدائن قد افتقر بمقدار المنفعة التي قدمها أو بمقدار الخسارة التي تحملها ، وهذا الافتقار كان سبباً في إثراء مدين المدين ، فيكون للدائن أن يتقاضى من مدين مدينه أقل القيمتين ، قيمة الافتقار أو قيمة الإثراء . ويلاحظ على هذا الرأي أن مدين المدين لم يثر بلا سبب ، بل إن هناك سبباً لإثرائه هو الدين الذي في ذمته للمدين . كما أن افتقار الدائن يقابله الدين الذي له في ذمة المدين . فكل من الدائن ومدين المدين يجد مقابلاً لما افتقر به أو أثرى ، والذي يهمننا هو أن توجد علاقة مباشرة ما بين هذين المقابلين ، وهذا ما تعجز عن إيجاد نظرية الإثراء بلا سبب^(٢) .

والجمع عليه في الوقت الحاضر ، وفي هذه المرحلة من مراحل تطور الدعوى المباشرة ، أن هذه الدعوى لا تثبت إلا بنص تشريعي خاص^(٣) . وهذا يكفي للقول بأنه ليس هناك إلى اليوم أصل ترد إليه الدعوى المباشرة بحيث تقوم على هذا الأصل دون حاجة إلى النص .

وما دمنا لا نستطيع حتى اليوم أن نستقر على أصل يصلح أن يكون أساساً قانونياً للدعوى المباشرة ، فخير لنا أن نوجه العناية إلى التصوير الفني لهذه الدعوى لنستخلص خطوطه الرئيسية .

(١) سوليس (Solus) ص ٢٤٧ - ديموج ٧ فقرة ١٠١٥ - الأستاذ حلمي بهجت بدوى في نظرية العقد فقرة ٢٦٢ ص ٢٧٦ .

(٢) قارب الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٠٦ ص ١٣٨ . ويبنى فلاتيه الدعوى المباشرة على أساس اقتصادي ، فعنده أن العقد ، بحكم الغاية الاقتصادية (destination économique) التي يقوم على تحقيقها ، ينشئ الدعوى المباشرة لمصلحة أجنبي عن هذا العقد (فلاتيه في العقود لحساب الغير فقرة ١٤٣ ص ١٩٢ و فقرة ١٤٤ ص ١٩٤) . انظر في استعراض الأسس القانونية للدعوى المباشرة دي باج ٣ فقرة ٧٢٢ .

(٣) قارن دي باج ٢ فقرة ٧٢٣ - ويذكر مثلاً على قيام الدعوى المباشرة دون نص خاص في رجوع المشتري على البائع لبائعه بضمان الاستحقاق ، وفي رجوع المشتري على المقاول الذي تعاقد مع البائع . وقد قدمنا أن هذا الرجوع لا يكون بالدعوى المباشرة ، ولكن بنفس الدعوى التي كانت للسلف وقد انتقلت إلى الخلف الخاص (انظر آنفاً فقرة ٥٦٠ ، وانظر أيضاً فلاتيه في العقود لحساب الغير فقرة ١٤٠) .

٥٦٣ - التصريح الفنى للدعوى المباشرة - الفكرة الرئيسية :

نتخذ التقسيم الذى قال به لاييه (Labbé) أساساً للدعوى المباشرة ، فهو خير الأسس التى قدمت لهذه الدعوى حتى الآن . فالدعوى المباشرة تقوم إما على منفعة قدمها الدائن ، أو على خسارة تحملها . فالمنفعة التى قدمها المؤجر للمستأجر كانت سبباً فى الدين الذى للمستأجر فى ذمة المستأجر من الباطن ، والخسارة التى تحملها العامل المصاب فى حادث من حوادث العمل كانت سبباً فى الدين الذى لرب العمل فى ذمة شركة التأمين .

هذه السببية تبرر فى نظر المشرع ، فى حالات خاصة هو إلى اليوم الذى يمسك بزمامها وهو الذى يقوم بتعيينها فى نصوص تشريعية ، أن يكون للدين محل الدعوى المباشرة صاحبان : صاحبه الأصيل وهو فى المثلين المتقدمين المستأجر الأصيل أو رب العمل ، وصاحب مضاف إليه هو نفس الدائن الذى تسبب فى إيجاد هذا الدين بالمنفعة التى قدمها أو بالخسارة التى تحملها وهو المؤجر أو العامل . فيكون إذن للدين الذى فى ذمة مدين المدين - وهو الدين محل الدعوى المباشرة - دائنان : المدين والدائن . ويكون للدائن تبعاً لذلك مدينان : المدين ومدين المدين . ولتوضيح ذلك نفرض أن الدين الذى فى ذمة مدين المدين - أى الدين محل الدعوى المباشرة - هو الأجرة المستحقة فى ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصيل . فهذا الدين له دائنان : المستأجر الأصيل والمؤجر . وللمؤجر مدينان : المستأجر الأصيل والمستأجر من الباطن . وتعدد الدائنين أو المدينين فى الديق الواحد أمر مألوف فى القانون ، وهو وصف من أوصاف الالتزام . ويتميز هذا الوصف الخاص بما يأتى :

(أولاً) ما دام مدين المدين (المستأجر من الباطن مثلاً) له دائنان (المستأجر الأصيل والمؤجر) ، فانه متى وفى لأحدهما الدين برئت ذمته نحو الآخر ، ولكن الدائنين مع ذلك غير متضامين .

(ثانياً) وما دام الدائن (المؤجر) له مدينان (المستأجر الأصيل والمستأجر من الباطن) ، فانه متى استوفى الدين من أحدهما برئت ذمة الآخر ، ولكن المدينين مع ذلك غير متضامين^(١) .

(١) وهذا ما يميز الدعوى المباشرة عن التضامن . وتميز هذه الدعوى عن الحلول العينية فى أن =

وعلى أساس هذه الفكرة الرئيسية — تعدد الدائنين لمدين واحد وتعدد المدينين لدائن واحد وذلك في غير تضامن — نبحث في الدعوى المباشرة : (١) العلاقة ما بين الدائن ومدين المدين . (٢) العلاقة ما بين الدائن والمدين . (٣) العلاقة ما بين المدين ومدين المدين .

٥٦٤ — الموقوف ما بين الدائن ومدين المدين : الدائن هو صاحب الدين الذي في ذمة مدين المدين ، وهو دائن مضاف إلى الدائن الأصلي كما قدمنا . وترتب على ذلك النتائج الآتية :

(١) يرفع الدائن ، بصفته صاحب الدين ، الدعوى المباشرة باسمه هو لا باسم المدين . وهذا بخلاف الدعوى غير المباشرة فإنه يرفعها باسم المدين كما رأينا . ولا حاجة ، في رجوع الدائن على مدين المدين بالدعوى المباشرة ، إلى أن يكون المدين معسراً ، أو أن يكون الدائن قد رجع عليه أولاً ، أو أن يطلب الدائن الحل محلله .

(٢) يستأثر الدائن وحده بفائدة الدعوى المباشرة دون مزاحمة من دائني المدين ، لأنه يرفع هذه الدعوى بصفته صاحب الدين ، لا بصفته دائناً لصاحب الدين ، وبذلك تقرب الدعوى المباشرة من حق الامتياز . ولكن لما كان الدائن يرجع على مدين المدين بصفته دائناً له مباشرة ، فإنه يتحمل مزاحمة دائني مدين المدين .

(٣) لمدين المدين أن يدفع دعوى الدائن — وهي الدعوى المباشرة — بجميع الدفعات الخاصة بالدائن ، وذلك إلى جانب الدفعات الخاصة بالمدين . أما في الدعوى غير المباشرة فقد قدمنا أن مدين المدين إنما يحتاج بالدفعات الخاصة بالمدين دون الدفعات الخاصة بالدائن . فيجوز لمدين المدين في الدعوى المباشرة أن يحتاج بأن حق الدائن قبل المدين قد انقضى بالوفاء أو بالمقاصة أو بالإبراء أو بالتقادم أو بغير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام ، أو بأن العقد ما بين الدائن والمدين

= الدائن في الحل محل العيني يستعمل دعوى مدينه بالذات لا دعوى أخرى مستقلة ، وتتميز عن حوالة الحق في أن الدائن في حوالة الحق يحل محل سلفه في نفس الدعوى فلا توجد إذن دعويان مستقلتان ، وتتميز عن الاشتراط لمصلحة الغير في أنه لا يوجد في الاشتراط لمصلحة الغير إلا دعوى مباشرة واحدة هي التي للمنتفع في ذمة المتعهد (دى باج ٢ فقرة ٧١٩ — فقرة ٧٢١) .

باطل أو قابل للإبطال . ويجوز لمدين المدين كذلك ، في الدعوى المباشرة ، أن يحتج بأن حق المدين قبله هو قد انتضى وذلك قبل إنذار الدائن إياه بأن يوفي له الدين ، أو بأن العقد بين المدين ومدين المدين يشوبه وجه من وجوه البطلان .

(٤) يستطيع الدائن أن يستعمل دعوى مدين مدينه قبل مدين مدين المدين ، لأن مدين مدينه هو مدينه المباشر كما قدمنا . ويستطيع كذلك أن يحجز تحت يد مدين مدين المدين ، لأنه يعتبر مديناً لمدينه على الوجه المتقدم الذكر .

(٥) يجوز لمدين المدين أن يني بالدين للدائن ، ويكون هذا الوفاء مبرثاً لذمته قبل المدين . كما يجوز له ، قبل أن ينذر الدائن بالوفاء ، أن يني بالدين للمدين ، ويكون هذا الوفاء مبرثاً لذمته قبل الدائن . ولكن لا يجوز للدائن أن يستوفي الدين من مدين المدين إلا إذا كان الدين الذي له في ذمة المدين مستحق الأداء ، ولا يكفي أن يكون خالياً من النزاع كما في الدعوى غير المباشرة ، ولكن ليس من الضروري أن يكون في سند قابل للتنفيذ . ولا يجوز ، في كل حال ، أن يستوفي الدائن من مدين المدين مقداراً أكبر مما له في ذمة المدين ، فهو إنما يرجع على مدين المدين بأقل القيمتين ، قيمة الدين الذي له في ذمة المدين وقيمة الدين الذي للمدين في ذمة مدين المدين .

٥٦٥ - الموقعة ما بين الدائنين والمدينين : يبقى المدين مديناً لدائنه ،

فيكون للدائن مدينان هما المدين ومدين المدين . وترتب على ذلك النتائج الآتية :

(١) يستطيع الدائن أن يستوفي دينه من المدين ، فترا ذمة مدين المدين قبله .

(٢) وكذلك يستطيع المدين أن يوفي الدين للدائن ، فلا يرجع الدائن بشيء على مدين المدين .

(٣) إذا وفي مدين المدين للدائن الدين الذي في ذمته للمدين ، وكان هذا الدين أقل مما للدائن في ذمة المدين ، رجع الدائن على المدين بالباقي له من الدين .

(٤) ولو أن للدائن مدينين ، هما المدين ومدين المدين ، فليس هناك تضامن في المسئولية بين هذين المدينين . وإذا كان كل منهما مسئولاً مباشراً قبل الدائن ، فلا يوجد سبب قانوني للتضامن فيما بينهما . فليست مسئوليتهما إذن مسئولية (م ٦٣ الوسيط - ج ٢)

بالتضامن (solidarité) ، بل هي مسئولية مجتمعة (in solidum)^(١) .

٥٦٦ — المعرفة ما بين المدين ومدين المدين : يبقى المدين دائناً لمدين المدين ، فيكون لمدين المدين دائنان هما المدين والدائن . وتترتب على ذلك النتائج الآتية :

(١) يستطيع المدين أن يستوفي الدين من مدين المدين ، وذلك إلى وقت إنذار الدائن لمدين المدين بالوفاء ، فتنبرأ ذمة مدين المدين نحو الدائن .

(٢) يستطيع مدين المدين إلى وقت إنذار الدائن له بالوفاء ، أن يوفى المدين الدين ، فتنبرأ ذمته نحو الدائن . وتسرى في هذه الحالة المخالصة في حق الدائن ولو لم تكن ثابتة التاريخ^(٢) .

(٣) إذا انقضى الدين ما بين المدين ومدين المدين ، قبل إنذار الدائن لمدين المدين بالوفاء ، بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام ، كالمقاصة والإبراء والتقادم ، سرى ذلك في حق الدائن .

(٤) إذا حول المدين الدين الذي له في ذمة مدين المدين ، قبل إنذار الدائن لمدين المدين بالوفاء ، كانت الحوالة نافذة في حق الدائن .

(٥) إذا حجز دائن للمدين تحت يد مدين المدين ، قبل إنذار الدائن لمدين المدين بالوفاء ، نفذ الحجز في حق الدائن .

(٦) بعد أن ينذر الدائن مدين المدين بالوفاء ، لا يستطيع مدين المدين أن يوفى الدين للمدين ، بل يجب أن يكون الوفاء للدائن وحده^(٣) . على أنه حتى في هذه الحالة يبقى المدين دائناً لمدين المدين ، دون أن يستطيع استيفاء الدين منه ، ويشبه مركزه في هذه الحالة مركز المدين المحجوز عليه في حجز ما للمدين لدى الغير . ويدل على أن المدين يبقى دائناً لمدين المدين أن مدين المدين متى وفى الدين

(١) انظر في هذا المعنى ديموج ٧ فقرة ١٠١٢ .

(٢) ديموج ٧ فقرة ١٠٠٣ .

(٣) حتى لو كان دين مدين المدين مقترناً بأجل أو معلقاً على شرط ، فيجب على مدين المدين في هذه الحالة أن يوفى الدين للدائن لا للمدين ، وذلك بعد أن يحل الأجل أو بعد أن يتحقق الشرط (ديموج ٧ فقرة ١٠٠٨) .

للدائن ، اعتبر هذا الوفاء لحساب المدين من الدين الذى له فى ذمة مدين المدين ،
وخصم ما وفى به من الدين الذى فى ذمة المدين للدائن (١) .

(٧) ولو أن لمدين المدين دائنين ، هما المدين والدائن ، فليس هناك تضامن
بينهما لا لعدم السبب القانونى للتضامن (٢) .

(١) قارن ديموج ٧ فقرة ١٠١٢ — فقرة ١٠١٣ . ويذهب إلى أن مدين المدين ، من
وقت إنذار الدائن له بالوفاء ، يصبح مدينا للدائن وحده ، وتنتهى مديونية المدين .
(٢) ديموج ٧ فقرة ١٠١٢ .

الفصل الثاني

الدعوى البولصية *

أو دعوى عدم نفاذ تصرف المدين

(Action paulienne — Action révocatoire)

٥٦٧ - الأساس الذى بنيت عليه الدعوى البولصية - عدم

الدفعة فى تسميتها دعوى ابطال التصرفات : قدما أن الدائن ينفذ فى حقه التصرفات الصادرة من مدينه ، فاذا زادت هذه التصرفات فى أموال المدين قوى الضمان العام للدائن ، وإذا انتقصت منها ضعف هذا الضمان . والدائن فى الحالتين يتحمل أثر ذلك ، فيقوى ضمانه أو يضعف ، لأن المفروض هو أن المدين حسن النية فيما يصدر عنه من التصرفات ، وما دام الدائن لم يحصل على ضمان خاص لحقه ، فهو متروك لهذا الضمان العام . لكن إذا لم يكن المدين حسن النية وكان القصد من تصرفه الإضرار بالدائن بانقاص الضمان العام ، جاز للدائن أن يطعن فى هذا التصرف حتى لا ينصرف إليه أثره . وهو يطعن فيه بالدعوى البولصية . والمعروف أن التسمية اشتقت من اسم البريطور (Préteur) الرومانى الذى كان أول من أدخلها فى القانون الرومانى ، وإن كانت صحة هذه التسمية وأنها كانت مستعملة فى القانون الرومانى أصبحت الآن محل شك كبير (١) .

* مراجع : جيلوار (Guillouard) بحث فى الدعوى البولصية — أشير (Acher) مقال فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٠٦ ص ٨٠ — جروبيه (Grouber) فى الدعوى البولصية فى القانون المدنى الفرنسى المعاصر رسالة من باريس سنة ١٩١٣ — فينيرون (Vigneron) فى القشر فى نقل الحقوق رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — باستيان (Bastian) بحث فى إقامة نظرية عامة فى عدم النفاذ رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — ديموج ٧ فقرة ١٠٣٠ وما بعدها — انظر أيضاً مقالين للأستاذ عبد العظيم الشقنقى فى مجلة الشرائع السنة الخامسة ص ٣٢٨ — ص ٣٢٦ و ص ٤٢٣ — ص ٤٣٠ .

(١) ويبدو أن البريطور « بولص » هذا ليس إلا شخصاً خيالياً اخترعه بعض المحشين (glossateurs). ولم تكن الدعوى البولصية فى عهد القانون الرومانى المدرسى دعوى واحدة ، =

وكانت هذه الدعوى تسمى « بدعوى إبطال التصرفات » ، وقد استعمل التقنين المدني السابق (م ١٤٣/٢٠٤) لفظ « إبطال » في صددها ، وإن كان قد عدل في مكان آخر (م ٥٥٦/٦٨٠) إلى لفظ « الطعن » وهو أدق من لفظ الإبطال . والواقع من الأمر أن الدائن ، كما رأينا ، لا يبطل تصرف المدين ، بل هو يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه (انظر المادة ٢٣٧ من التقنين المدني الجديد) . فاذا أُجيب إلى طلبه ، لم يسر التصرف في حقه ، ولكنه يبقى قائماً بين المدين ومن صدر له التصرف . لذلك كان الأولى تسمية الدعوى البولصية بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن ، ويصح أن تختصر هذه التسمية فتكون « دعوى عدم نفاذ تصرف المدين » (انظر المادة ٢٤٣ من التقنين المدني الجديد) ، أو نستبقى للدعوى التسمية التقليدية وهي « الدعوى البولصية » .

ونرى مما تقدم أن الأساس الذي بنيت عليه الدعوى البولصية هو أن القانون أراد حماية الدائن من غش مدينه المعسر ، فهي والدعوى غير المباشرة يواجهان معاً مديناً معسراً . إلا أن الدعوى غير المباشرة تعالج موقفاً سلبياً للمدين المعسر هو سكوته عن استعمال حقوقه عمداً أو إهمالا ، أما الدعوى البولصية فتعالج من المدين المعسر موقفاً إيجابياً هو إقدامه على التصرف في حقوقه عن عمد لا عن

= بل كانت دعاوى متعددة أعطيت لحماية الدائنين في حالات مختلفة ، ولم تتوحد في دعوى واحدة إلا في عهد چوستنيان . وكان لهذه الدعاوى في إجراءات القانون الروماني الطابع الجماعي (caractère collectif) ، إذ كانت لا تعطى إلا ضد المدين المفلس لجماعة الدائنين في شخص ممثل لهم هو الذي كان يوكل إليه تصفية أموال المدين (curator bonorum vendendorum) ، فكانت فائدتها تعود على جماعة الدائنين ، لا تختص بواحد منهم دون الآخرين . وقد انقلبت الدعوى البولصية في القانون الحديث من دعوى جماعية (action collective) إلى دعوى فردية (action individuelle) (مقال الأستاذ أشير Acher في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٠٦ ص ٨٥ - جيرار Girard ص ٤٣٥ - ص ٤٣٧ - أكارياس Accarias ٢ فقرة ٨٥٢ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٤١٣) .

وقد نبئت الدعوى البولصية على هذا النحو في تربة عملية ، ثم أقرتها التقاليد ، فأصبح لأحكامها ميزان : (١) فهي أولا أحكام تقليدية ، ولذلك تصطدم في بعض تفصيلاتها مع المنطق ، وقد ردها التقنين المدني المصري الجديد إلى المنطق في كثير من هذه التفصيلات . (ب) وهي ثانياً أحكام عملية ، فللاعتبار معنى عمل في هذه الأحكام ، ولا يعتد بالثمن الذي يعطيه المشتري للمدين ما دام يتعذر عملياً على الدائن أن ينفذ عليه (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٨ ص ٧٧٨ هامش رقم ٣) .

مجرد إهمال بقصد الإضرار بدائنه . ولما كان كل موقف ينظم القانون له ما يقتضيه من الحماية ، كانت الحماية التي نظمها القانون ضد العمل الإيجابي أشد نشاطاً من الحماية التي نظمها ضد العمل السلبي . فالدعوى غير المباشرة يرفعها الدائن باسم المدين وأثرها ينصرف إلى المدين لا إلى الدائن ، أما الدعوى البولصية فيرفعها الدائن باسمه هو وأثرها ينصرف إليه لا إلى المدين .

ويتبين من ذلك أن الدعوى البولصية تختلف اختلافاً واضحاً عن الدعوى غير المباشرة . ويستطيع الدائن أن يستعمل الدعويين واحدة بعد الأخرى ، فيطعن في تصرف مدينه بالدعوى البولصية ، فإذا لم ينجح في هذا الطعن رفع الدعوى غير المباشرة يطالب بحقوق مدينه في هذا التصرف^(١) . ولكنه لا يستطيع الجمع بينهما في إجراءات واحدة لأنهما دعويان مختلفتان كما قدمنا ، فلا يستطيع مثلاً أن يطعن بالدعوى البولصية في بيع صدر من مدينه وفي الوقت ذاته يستعمل حق هذا المدين في المطالبة بالثمن^(٢) .

والدعوى البولصية وإن كانت ترفع عادة في صورة دعوى مستقلة : إلا أنه يجوز رفعها كذلك دعوى فرعية ، أو إثارتها مسألة أولية^(٣) .

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٤٨ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٤٧ — ديموج ٧ فقرة ١٠٣٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كانت الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية تختلفان كل منهما عن الأخرى في أساسها وشروطها وآثارها ، ومن ثم لا يجوز الجمع بينهما في آن ، إلا أنه يجوز للدائن أن يستعملهما متعاقبتين إحداها بعد الأخرى . وليس من الضروري أن ترفع الدعوى البولصية استقلالاً ، بل يصح رفعها كدعوى عارضة أو إثارتها كسألة أولية ، ولو أثناء قيام الدعوى غير المباشرة ، متى كانت ظروف دفاع الدائن تستلزم ذلك . فإذا كان الدائن عندما توجه في دعواه غير المباشرة من ناظر الوقف بمصادقة مدينه على حساب الوقف قد دفع بأن هذه المصادقة باطلة لصدورها غشاً وتدليساً وبالتواطؤ بين المدين وبين ناظر الوقف ، فانه لا يكون قد جمع بين الدعوى غير المباشرة وبين الدعوى البولصية في آن ، وإنما هو أثار الدعوى البولصية كسألة أولية ، فهو بهذا قد استعمل الدعويين على التعاقب ، ويكون من المتعين الفصل في الدعوى البولصية ، وإذا كانت المحكمة قد قصرت بحثها على الدعوى غير المباشرة ، واعتبرت مصادقة المدين نافذة في حقه بمقولة أنه لم يرفع الدعوى البولصية ، فأنها تكون قد أغفلت الفصل في دفاعه ويكون حكمها قد أخطأ في تكييف هذا الدفاع ، وتعين نقضه (نقض مدني ٢ فيراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦١ ص ٢٢٠) .

(٣) انظر حكم محكمة النقض المتقدم ويقول أنه ليس من الضروري أن ترفع الدعوى البولصية =

٥٦٨ — ما استحدثه التقنين المدني الجديد في الدعوى البولصية :

وقد استحدث التقنين المدني الجديد بعض التعديلات الهامة في الدعوى البولصية. وأهم تعديل أدخله هو أنه جعل نفع هذه الدعوى لا يقتصر على الدائن الذي رفعها ، بل يعم سائر الدائنين ممن تتوافر فيهم شروط استعمالها . ثم أن التقنين الجديد وسع في نطاق التصرفات التي يجوز للدائن الطعن فيها ، فشمّل هذا النطاق ، ليس فحسب ، التصرفات التي تنقص حقوق المدين ، بل أيضاً تلك التي تزيد في التزاماته ، وكذلك الوفاء الحاصل من المدين المعسر وتقديمه أحد دائنيه على الآخرين دون حق . وعمد التقنين الجديد إلى الأخذ بأسباب التيسير في مسائل الإثبات ، فأقام قرائن قانونية على إعسار المدين وعلى غشه وعلى تواطؤ الخلف الأول والخلف الثاني في هذا الغش . وجعل التقنين الجديد للخلف سبيلاً لتوقي أثر الدعوى ، إذا هو أودع الثمن خزانة المحكمة . وأنشأ تقادماً خاصاً للدعوى مدته ثلاث سنوات ، حتى لا يطول الوقت الذي يظل فيه مصير التصرف معلقاً .

على أن التقنين الجديد لم يكتف بتنظيم الدعوى البولصية على هذا النحو ، بل عمد إلى تنظيم أعم وأشمل لحالة إعسار المدين في جملتها كما سنرى (١) .

= استقلالا ، بل يصح رفعها كدعوى عارضة أو إثارتها كسألة أولية (نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦١ ص ٢٢٠) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه لما كانت الدعوى البولصية يقصد بها عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين في حق دائنه ، كان من الجائز إثارتها كدفع للدعوى التي يرفعها المتصرف إليه بطلب نفاذ هذا التصرف ، ولا يلزم أن ترفع في صورة دعوى مستقلة . ولا يغير من هذا أن يكون التصرف مسجلاً ، فإن تسجيله لا يحول دون أن يدفع الدائن في مواجهة المتصرف إليه الذي يطلب تثبيت ملكيته استناداً إلى عقده المسجل بالدعوى البولصية ، إذ ليس من شأن تسجيل التصرف أن يغير من طريقة أعمال هذه الدعوى ولا الآثار المترتبة عليها (نقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٧ ص ٣٨٨ — انظر أيضاً : نقض مدني ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨٤ ص ٤٩٦ — استئناف مصر ٢١ أبريل سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٧٦ ص ١٦٤) . وقضت محكمة بني سويف الكلية (حكم استئنافي) بأنه لا يوجد ما يمنع من رفع الدعوى البولصية بصفة دعوى فرعية ، فإذا رفعت دعوى استحقاق العقار أثناء نظر دعوى نزاع الملكية ، جاز للدائن الذي طلب نزاع الملكية أن يطعن في دعوى فرعية في العقد الذي بنيت عليه دعوى الاستحقاق لأنه صدر من المدين لإضراراً به (١٧ مارس سنة ١٩٠٨ مجموعة رسمية ١ رقم ٦ ص ١٢) .

(١) وهذا ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما الدعوى الثانية : وهي الدعوى البولصية ، فقد عدل المشروع أحكامها تعديلاً جوهرياً من وجوه عدة . =

ونبحث الدعوى البولصية فنتكلم : (أولاً) في شروط هذه الدعوى (ثانياً) وفي الآثار التي تترتب عليها .

الفرع الاول

شروط الدعوى البولصية

٥٦٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٣٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء، وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة في إعساره ، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية . »

= فقد جعل منها إجراء جماعياً مشتركاً بين الدائنين (الصحيح أنها لا تزال إجراءً فردياً يتخذه أى دائن مستقلاً عن الدائنين الآخرين ، ولكن فائدة الدعوى هي التي أصبحت جماعية مشتركة لا يستقل بها دائن دون آخر) بعد أن كانت إجراءً فردياً في أحكام التقنين الحالى (السابق) ، فلا يقتصر نفعها في وضعها الجديد على من يرفعها من الدائنين ، بل يشمل سائر الدائنين الذين تتوافر فيهم شرائط استعمالها ... وقد بسط المشروع كذلك من نطاق فكرة التصرف المدخول الذى يجوز الطعن فيه باستعمال تلك الدعوى ، فلم يعد أمرها قاصراً على التصرف المفقّر بمعناه الضيق الجامد كما استقر في التقاليد ، بل جاوز ذلك إلى ما يستتبع زيادة التزامات المدين أو انقاص حقوقه من ضروب التصرفات ... وقد أجاز المشروع أيضاً أن يطعن من طريق الدعوى البولصية في الوفاء الحاصل من المدين المعسر وإيثاره أحد دائنيه بالأفضلية بغير حق ... ويلاحظ من ناحية أخرى أن المشروع عمد إلى الأخذ بأسباب التيسير والتبسيط في كل ما يتعلق بالإثبات ، فيسر أمر إقامة الدليل على إعسار المدين وغشه واشتراك الخلف الأول والخلف الثانى في هذا الغش ... ثم أنه هياً مخرجاً للخلف ، فخصه من آثار الدعوى إذا قام بالوفاء بحق الدائن أو قام بإيداع الثمن ... وأنشأ تقادماً مدته سنة (أصبح ثلاث سنوات بتعديل من لجنة مجلس الشيوخ) ، حتى لا يطول أمد الفترة التي يظل مصير التصرف فيها رهيناً بمباشرة الدعوى . ومهما يكن مبلغ ما أدخل على الدعوى البولصية من تعديل فهي لا تعدو أن تكون تنظيماً جزئياً لإعسار المدين بالنسبة لتصرف معين صدر منه ، وهي بوضعها هذا لا تغنى عن تنظيم أعم وأشمل يتناول حالة لإعسار في جملتها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٤ — ص ٦٠٥) .

وتنص المادة ٢٣٨ على ما يأتي :

« ١ - إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منظوياً على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . ويكفي لاعتبار التصرف منظوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر » .

« ٢ - أما إذا كان التصرف تبرعاً ، فإنه لا ينفذ في حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً » .

« ٣ - وإذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثاني يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً » .

وتنص المادة ٢٣٩ على ما يأتي :

« إذا ادعى الدائن إعسار المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له ما لا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها » .

وتنص المادة ٢٤٢ على ما يأتي :

« ١ - إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق ، فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة » .

« ٢ - وإذا وفي المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذي عين أصلاً للوفاء ، فلا يسرى هذا الوفاء في حق باقي الدائنين . وكذلك لا يسرى في حقهم الوفاء ، ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل ، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى حقه » .

وتنص المادة ٢٤٣ على ما يأتي :

« تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف . وتسقط في جميع الأحوال

بأنقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه^(١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٣٧ : ورد هذا النص في المادة ٣١٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح المادة ٢٤٤ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦١٢ - ص ٦١٤) .

م ٢٣٨ : ورد هذا النص في المادة ٣١٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة « أو كان ينبغي أن يعلم ذلك » وردت في المشروع التمهيدى في آخر الفقرة الأولى ، وفيما عدا عبارة « فلا يصح الدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بمعوض » وهى الواردة في الفقرة الثالثة ، فإنها وردت في المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف بمعوض » . وقد أقرت لجنة المراجعة النص بعد أن حذفت عبارة « وكان ينبغي أن يعلم ذلك » من آخر الفقرة الأولى ، وأصبح رقم النص المادة ٢٤٥ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بمعوض » بالعبارة المقابلة التى وردت في المشروع التمهيدى ، وذلك حتى « لا يكون عقد الخلف الثانى معرضاً للطعن إلا إذا كان عالماً بعيب التصرف الأول من جهة المدين والخلف الأول » . وأصبح رقم المادة ٢٣٨ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦١٥ - ص ٦١٨) .

م ٢٣٩ : ورد هذا النص في المادة ٣١٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا ادعى الدائن إعسار المدين ، وأثبت مقدار ما فى ذمته من ديون ، كان على المدين أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها » . وفى لجنة المراجعة حور النص تحويراً جعله مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، ليكون أدل على المعنى المقصود ، وأصبح رقم المادة ٢٤٦ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦١٩ - ص ٦٢٠) .

م ٢٤٢ : ورد هذا النص في المادة ٣٢٢ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب . ثم وافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٢ ، وقد اعترض فى هذه اللجنة على ما جاء بالنص من بطلان الوفاء بحجة أن التقنين السابق يجعل الوفاء صحيحاً ، فأجيب بأن قرينة الغش متوافرة قطعاً ، وهذا ما يبرر الحكم الوارد فى النص . ثم أقره مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٨ - ص ٦٣٠) .

م ٢٤٣ : ورد هذا النص في المادة ٣٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا إحدى مدق التقدام التى حددت بثلاث سنوات فقد كانت سنة =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ١٤٣/٢٠٤ و ٥٥٦/٦٨٠ و ٧٦/٥٣ والمادة ٧٤ من التقنين المدني المختلط^(١).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٢٣٨ — ٢٤٠ و ٢٤٣ — ٢٤٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المواد ٢٦٣ — ٢٦٥ و ٢٦٨ — ٢٦٩ ، وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢٤٠ — ٢٤٢ و ٢٤٥ — ٢٤٦ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٧٨^(٢).

= واحدة في المشروع التمهيدى ووافقت لجنة المراجعة على النص كما هو ، وأصبح رقمه المادة ٢٥٠ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ اقترح بعض حضرات مستشارى محكمة النقض أن تكون إحدى مدق تقادم الدعوى البولصية ثلاث سنوات بدلا من سنة واحدة ، تبدأ من تاريخ علم الدائن بحصول التصرف أو من تاريخ شهره وليس من تاريخ علمه بسبب عدم نفاذ التصرف ، فرأت اللجنة الأخذ بالاقتراح فى شقه الأول وزادت مدة التقادم إلى ثلاث سنوات توخياً للتيسير ، ولم تأخذ بالشق الثانى منه لأن الدائن قد يعلم بصدور التصرف ولكن لا يعلم الأسباب التى تستتبع عدم نفاذه فى حقه ، وأصبح رقم النص ٢٤٣ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٠ و ص ٦٣٤ — ص ٦٣٥) .

(١) نصوص التقنين المدني السابق : م ١٤٣/٢٠٤ : « للدائنين فى جميع الأحوال الحق فى طلب إبطال الأفعال الصادرة من مدينهم بقصد ضررهم ، وفى طلب إبطال ما حصل منهم من التبرعات وترك الحقوق لإضراراً بهم » .

م ٥٥٦/٦٨٠ : « لا يجوز الطعن من الدائنين فى تصرف مدينهم فى أمواله بمقابل إلا إذا كان التصرف حاصلًا للإضرار بحقوقهم » .

م ٧٦/٥٣ : « لا يجوز لأحد أن يوقف ماله لإضراراً بمداينيه ، وإن وقف كان الوقف لا غياً » .

م ٧٤ مختلط (لامقابل لها فى التقنين الأهلى) : « لا يجوز لأحد أن يهب شيئاً لإضراراً بمداينيه الموجودين وقت الهبة » .

وقد قدمنا ما استحدث التقنين المدني الجديد من تعديلات هامة فى الدعوى البولصية . وانظر فى العيوب العديدة التى تشوب نصوص التقنين المدني السابق نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٨) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٣٨ — ٢٤٠ و ٢٤٣ — ٢٤٤ (مطابقة لنصوص التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني العراقى م ٢٦٣ — ٢٦٥ و ٢٦٨ — ٢٦٩ (مطابقة لنصوص التقنين المدني المصرى) . وانظر فى شرح نصوص التقنين المدني العراقى الدكتور حسن على الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدني العراقى ص ٨١ — ص ٩٦ .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٤٠ — ٢٤٢ و ٢٤٥ — ٢٤٦ (مطابقة لنصوص التقنين المدني المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧٨ : يحق للدائنين الذين أصبح دينهم مستحق الأداء أن =

٥٧٠ — الفكرة الأساسية في شروط الدعوى البولصية : يمكن أن

ترد شروط الدعوى البولصية جميعاً إلى فكرة أساسية واحدة هي أن المدين بغشه يقصد الإضرار بالدائن ، فهو يتصرف غشاً في ماله ، ويقصد من هذا التصرف أن ينتقص من الضمان العام لدائنيه^(١) .

ويتبين من النصوص التي قدمناها أن شروط الدعوى البولصية ، كشروط الدعوى غير المباشرة ، بعضها يرجع إلى الدائن ، وبعضها يرجع إلى التصرف الذي يطعن فيه الدائن ، وبعضها يرجع إلى المدين . ثم ان التقنين المدني الجديد قد استحدث للدعوى البولصية ، كما رأينا ، تقادماً خاصاً تستكمل به شروط رفعها .

المبحث الأول

الشروط التي ترجع إلى الدائن

٥٧١ — بشرط في الدائن أنه يكون منه مستحق الاداء : حتى يجوز

للدائن أن يطعن في تصرف المدين بالدعوى البولصية يجب أن يكون حقه مستحق

= يطلبوا بأسمائهم الخاصة فسخ العقود التي عقدها المديون لهضم حقوقهم ، وكانت السبب في إحداث عجزه عن الإيفاء أو تفاقم هذا العجز . أما العقود التي لم يكن بها المديون إلا مهملاً للكسب فلا تنالها دعوى الفسخ . وهذه الدعوى المسماة « بالدعوى البوليانية » يجوز أن تتناول أشخاصاً عاقدتهم المديون خدعة . غير أنه لا تصح إقامتها على الأشخاص الذين نالوا حقوقهم مقابل عوض إلا إذا ثبت اشتراكهم في التواطؤ مع المديون . ولا يستفيد من نتائج هذه الدعوى إلا الشخص أو الأشخاص الذين أقاموها ، وذلك على قدر ما يجب لصيانة حقوقهم . أما فيما زاد عنها فيبقى العقد قائماً ، ويستمر على إنتاج جميع مفاعيله . وتسقط هذه الدعوى بمرور الزمن بعد عشر سنوات . (وتنظيم الدعوى البولصية في القانون اللبناني أقرب إلى التنظيم الذي أخذ به القانون الفرنسي ، ويختلف عن القانون المصري في بعض مسائل ، أهمها أن القانون اللبناني لا يجعل الدعوى تفيد إلا الدائن الذي رفعها دون غيره من الدائنين ، وأن مدة التقادم في هذا القانون هي عشر سنوات . ولم يبين تقنين الموجبات والعقود اللبناني ما إذا كان يجوز الطعن بالدعوى البولصية في التصرف الذي يزيد في التزامات المدين ، ومتى يجوز الطعن بهذه الدعوى فيما يقوم به المدين من أعمال الوفاء بالمدين — انظر في الدعوى البولصية في القانون اللبناني الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٦١ — ص ٦٧) .

(١) وقد نلحست محكمة النقض شروط الدعوى البولصية على الوجه الآتي : إذا كانت محكمة =

الأداء^(١) وفي هذا تختلف الدعوى البولصية عن الدعوى غير المباشرة ، فقد قدمنا أنه يكفي في الدعوى الأخيرة أن يكون حق الدائن خالياً من النزاع ولا يشترط أن يكون مستحق الأداء . ويبرر هذا الفرق بين الدعويين أن الدعوى البولصية أكبر خطراً من الدعوى غير المباشرة ، فالدائن فيها يتدخل في أعمال المدين تدخلاً خطيراً إذ يطعن في تصرف صدر منه ، ويقيم الدائن الدعوى باسمه فهو يهاجم المدين بمقتضى حق ثابت له ، ولا يكون ذلك إلا لأن الدائن قد اعتمد التنفيذ بحقه ، فوجب أن يكون حقه مستحق الأداء . أما في الدعوى غير المباشرة فالدائن يقتصر على استعمال حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين ، فالدعوى أقرب إلى الأعمال التحفظية من الدعوى البولصية ، فلم يشترط القانون فيها أن يكون حق الدائن مستحق الأداء واكتفى بأن يكون خالياً من النزاع . وقد صرح التقنين المدني الجديد بهذا الفرق ما بين الدعويين ، فأعطى الدعوى البولصية « لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء » (م ٢٣٧) ، وأعطى الدعوى غير المباشرة « لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء » (م ٢٣٥)^(٢).

وبديهي أنه ما دام يشترط في الدائن ، لرفع الدعوى البولصية ، أن يكون حقه مستحق الأداء ، فإن هذا الحق يجب أيضاً أن يكون خالياً من النزاع على النحو الذي بسطناه في الدعوى غير المباشرة ، فإن استحقاق الأداء مرتبة في

= الاستئناف قد استخلصت من وقائع الدعوى ما استدلت منه على إفسار المدين المتصرف وسوء نيته هو والمتصرف له وتواطئهما على الإضرار بالدائن ، ثم طابقت ما استخلصته من ذلك وبين المعاني القانونية لأركان الدعوى البولصية ، وهي كون دين رافع الدعوى سابقاً على التصرف المطلوب إبطاله وكون هذا التصرف أعسر المدين وكون المدين والمتصرف له سبباً النية متواطئين على الإضرار بالدائن ، ثم قضت بعد ذلك بإبطال التصرف ، فذلك حسبها ليكون حكمها سدياً مستوفى الأسباب (نقض مدني ١٦ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٨ ص ١٠٩٥ — انظر أيضاً استئناف مصر ٢١ يونيو سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ١٧١ ص ٥٧٣) .

(١) نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٢ ص ٦٧٤ (حيث وردت في الحكم عبارة «دين محقق الوجود» ويراد بها «دين مستحق الأداء») — نقض مدني ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨٤ ص ٤٩٦ (حيث يصرح الحكم بأن الدين يجب أن يكون مستحق الأداء) — ومن كان حقه صورياً لا يجوز له الطعن في تصرفات مدينه بالدعوى البولصية (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٠٨٥) وكذلك لا يستطيع استعمال الدعوى غير المباشرة .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢ .

الحقوق أعلى من مرتبة الخلو من النزاع ، ومتى اشترطت المرتبة الأعلى فان المرتبة الأدنى تكون ضمناً مشرطة .

ويترتب على ما قدمناه أن الدائن إذا كان حقه متنازعا فيه لا يستطيع استعمال الدعوى البولصية^(١) . كذلك لا يستطيع استعمال الدعوى البولصية الدائن الذي يكون حقه معلقاً على شرط واقف^(٢) أو مقترناً بأجل واقف^(٣) ، لأن الحق حتى إذا كان خالياً من النزاع يكون غير مستحق الأداء ، وقد قدمنا أن الدائن يستطيع في حالتي الشرط والأجل الواقفين أن يستعمل الدعوى غير المباشرة لأن الحق في استعمال هذه الدعوى لا يشترط فيه أن يكون مستحق الأداء . أما إذا كان الحق معلقاً على شرط فاسخ أو مقترناً بأجل فاسخ ، فان الدائن يستطيع استعمال الدعوى البولصية ، لأن الشرط الفاسخ والأجل الفاسخ لا يمنعان الحق من أن يكون مستحق الأداء^(٤) .

(١) استئناف أهل ٢٨ يناير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ١٠٥ — استئناف مختلط ٢٠ يونيو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٥١ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥١ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٨٤ — ويعتبر حق الكفيل في الرجوع على المدين المكفول خالياً من النزاع منذ يعلن الدائن الكفيل بوفاء الدين ، ولذلك يجوز للكفيل في هذا الوقت أن يطعن في تصرفات المدين بالدعوى البولصية (محكمة المنصورة المختلطة ٢٥ فبراير سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ٢٠٥ ص ١٠٩) — وإذا كان حق الدائن غير خال من النزاع ، ثم صدر حكم ابتدائي بحسم النزاع لصالحه ، واستأنف المدين الحكم ، فإن الدعوى البولصية توقف حتى يبت في الاستئناف الذي يتوقف عليه مصير الحق (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٨٤) .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٤٥٩ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٨٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٥ — دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٤٩ .

(٣) وسنرى أنه يشترط في المدين أن يكون معسراً . ولا تعارض بين إعسار المدين وبقاء أجل الدين في الدعوى البولصية لسببين : (١) الأجل لا يسقط بمجرد الإعسار ، بل يجب لسقوطه أن يصدر به حكم كما سنرى ، فجاز أن يكون المدين معسراً ، دون أن يسقط الأجل ، إذا لم يصدر حكم بالإعسار . (٢) وللإعسار في الدعوى البولصية ، فوق ذلك ، معنى عملي ينطوي على كثير من المرونة ، إذ يعتبر إعساراً في هذه الدعوى إلا يكون للمدين مال ظاهر يفي بجميع ديونه حتى لو كان له مال غير ظاهر يفي بجميع الديون ، أو مال ظاهر ولكن يتعذر التنفيذ عليه . كذلك يعتبر إعساراً أن يتصرف المدين في عين من أعيان تركته مستغرقة بالديون ، حتى لو كان عنده أموال شخصية تفي بديون التركة — ففي جميع هذه الأحوال لا يسقط الأجل وإن توافر شرط الإعسار لرفع الدعوى البولصية ، فلا يجوز عندئذ للدائن رفعها لأن حقه غير مستحق الأداء .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٥ .

٥٧٢ - أى دائن حق مستحق الأداء يستطيع استعمال الدعوى

البولصية : وأى دائن حقه خال من النزاع مستحق الأداء يستطيع استعمال الدعوى البولصية ، لا فرق في ذلك بين دائن شخصي ودائن مرتهن ودائن له حق امتياز على النحو الذى قدمناه في الدعوى غير المباشرة (١).

كذلك يجوز أن يكون حق الدائن غير مقدر مادام مستحق الأداء، فيستطيع المضرور في العمل غير المشروع ، حتى قبل أن يقدر التعويض المستحق له ، أن يستعمل الدعوى البولصية ويظعن في تصرف صدر من مدينه المستول عن العمل غير المشروع بقصد «تهريب» ماله حتى لا ينفذ عليه الدائن بالتعويض

(١) إذ لا يجوز أن يكون الرهن أو الامتياز الذى أريد به تقوية حق الدائن سبباً في إضعاف هذا الحق ، وحرمان الدائن مما هو ثابت لسائر الدائنين (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٢٨ - لوران ١٦ فقرة ٤٥٧ - هيك ٧ فقرة ٢١٩ - أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٣ - ص ١٩٤ وهامش رقم ٢ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٣ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٤ - دى هلنس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٤٧ - فتحى زغلول ص ٣٦٩) .

فإذا كان الشيء الذى تصرف فيه المدين هو غير الشيء الذى ثبت عليه حق الرهن أو حق الامتياز فالأمر ظاهر ، لأن الدائن ذا التأمين العيني يعتبر دائناً شخصياً بالنسبة إلى هذا الشيء . ولكن يشترط في هذه الحالة أن الشيء الذى ترتب عليه التأمين العيني يكون غير واف بالمدين حتى يتحقق الضرر من التصرف المطعون فيه (استئناف مختلط ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٣ ص ٧٠٥) . أما إذا كان الشيء الذى تصرف فيه المدين هو الذى ترتب عليه التأمين العيني ، فللدائن صاحب هذا التأمين أن يظعن كذلك في التصرف حتى لا يكون مضطراً إلى تتبع الشيء في يد الغير فيعرضه ذلك إلى خطر التطهير (انظر في مبررات أخرى استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢٠ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٣ ص ٧٠٤ هامش رقم ٥ - انظر عكس ذلك : استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥ - ٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٩٢) . ويستطيع الدائن صاحب التأمين العيني الظعن في التصرف حتى بعد أن يمتنع عن زيادة العشر في إجراءات التطهير أو حتى بعد أن يزيد العشر ، وحتى بعد أن يبدأ في التنفيذ بحقه على ثمن العين (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٢٨ - هيك ٧ فقرة ٢١٩ - لوران ١٦ فقرة ٤٥٧ - أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٧ هامش رقم ٢ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٣ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٤) . ويتبين مما تقدم أن المدين إذا تصرف في الشيء المرهون ، فشرط الإعسار يأخذ معنى جديداً ، ويكون لتوافر هذا الشرط أن يفوت الدائن التنفيذ على العين المرهونة ذاتها (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٠ هامش رقم ١) .

المستحق له (١).

ولا يشترط كذلك أن يكون حق الدائن ثابتاً في سند قابل للتنفيذ، فإن الدائن سيحصل على هذا السند عند رفع الدعوى البولصية، ذلك أن القاضي في هذه الدعوى يبحث صفة المدعى فيثبت أمامه أنه دائن وأن حقه مستحق الأداء، فحكمه باجابة الدائن إلى الطعن بالدعوى البولصية حكم بحق الدائن، فيصبح هذا الحق قابلاً للتنفيذ.

ولا فرق كذلك، في رفع الدعوى البولصية، بين دائن حقه نقد ودائن حقه عين ودائن حقه عمل أو امتناع عن عمل، فالكل سواء في استعمال هذه الدعوى، على النحو الذي قدمناه في الدعوى غير المباشرة.

ولا فرق أخيراً بين ما إذا كان مصدر الحق تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية، ففي الحالتين يكون للدائن أن يستعمل الدعوى البولصية كما أن له أن يستعمل الدعوى غير المباشرة فيما قدمناه (٢).

ولكن يشترط، خلافاً للدعوى غير المباشرة، أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه، وسيأتى بيان ذلك فيما يلي.

المبحث الثاني

الشروط التي ترجع إلى التصرف المطعون فيه

٥٧٣ - شروط صورية : يشترط فيما يطعن فيه الدائن من أعمال المدين أن يكون : (١) تصرفاً قانونياً (٢) مفقراً (٣) تالياً في الوجود لحق الدائن .

(١) وكذلك يجوز للدائن في حساب لم تنته تصفيته أن يطعن في تصرف صدر من مدينه بالدعوى البولصية .

(٢) وقد يكون الدائن الذي يطعن في تصرف المدين دائناً لشركة تضامن ويكون التصرف الذي يطعن فيه صادراً من شريك غير مدين له شخصياً (استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨) . ويجوز للحارس القضائي المعين بناء على طلب الدائنين أن ينضم للدائن في الدعوى البولصية (استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٠ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٠ هامش رقم ١) .

المطلب الأول

تصرف قانوني

٥٧٤ — لا طعن في الأعمال المادية : يجب أن يكون العمل الصادر عن المدين ، ويطعن فيه الدائن ، تصرفاً قانونياً (acte juridique) . فإذا كان عملاً مادياً ، لم يتصور الطعن فيه : فلو أن المدين تسبب عمداً أو إهمالاً في الإضرار بالغير بعمل غير مشروع ، فالتزم بالتعويض ، وجعله هذا الالتزام معسراً ، فلا سبيل للدائن إلى الطعن في العمل غير المشروع ، فان هذا العمل بحكم أنه عمل مادي نافذ ضرورة في حق الدائن .

كذلك لو ترك المدين عيناً مملوكة له في يد الغير حتىملكها الغير بالتقادم ، فانه لا يتصور أن يطعن الدائن في هذا العمل المادي السلبي — وهو ترك المدين العين حتى تملكها الغير — ولكن يجوز ، قبل تمام التقادم ، أن يتدخل الدائن باسم المدين فيقطع التقادم ، ويسترد العين بالدعوى غير المباشرة .

أما إذا كان العمل المادي إثراء على حساب الغير ، فان المدين لا يلتزم إلا بأدنى القيمتين ، قيمة ما أثرى به هو وقيمة ما افتقر به دائته ، فلن يكون هذا الالتزام سبباً في إعسار المدين أو في زيادة إعساره ، ولذلك لا يكون الإثراء على حساب الغير قابلاً للطعن فيه بالدعوى البولصية ، ليس فحسب لأنه عمل مادي ، بل أيضاً لأنه لا يؤدي إلى إعسار المدين (١) .

٥٧٥ — إنما يكون الطعن في تصرف قانوني : وأي تصرف قانوني يصدر من المدين يكون قابلاً للطعن فيه بالدعوى البولصية إذا توافرت الشروط الأخرى لهذه الدعوى ، سواء كان التصرف صادراً من جانب واحد أو كان صادراً من الجانبين ، وسواء كان تبرعاً أو معاوضة .

(١) كذلك إذا وفي المدين بدين غير مستحق عليه ، فإن الوفاء مع أنه تصرف قانوني يكون عادة مصحوباً بغلط ، أي أن المدين يكون حسن النية ، فلا يجوز للدائن الطعن في هذا الوفاء بالدعوى البولصية لتخلف شرط الغش . ولكن يجوز للدائن في هذه الحالة أن يستعمل ، بالدعوى غير المباشرة ، حق المدين في استرداد غير المستحق .

مثل التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد نزول المدين عن حق عيني (كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن) ، ونزوله عن وصية صادرة له ، ونزوله عن اشتراط لمصلحته ، وإبرأؤه مديناً له إذ إبراء تصرف قانوني صادر من جانب واحد في التقنين المدني الجديد ، ووقفه عيناً مملوكة له وفقاً خيراً (بعد إلغاء الوقف الأهلي)^(١) ، والأجازة الصادرة من المدين لتصحيح عقد قابل للإبطال إذا كانت صحته تضر بالدائنين^(٢).

ومثل التصرفات القانونية الصادرة من الجانبين ، تبرعاً أو معاوضة ، الهبة والبيع^(٣) والمقايضة والوفاء بمقابل والشركة والصلح^(٤) والاشتراط لمصلحة الغير^(٥). وسنرى أنه يجوز أيضاً الطعن في إعطاء تأمين للدائن لتقديمه على غيره من الدائنين ، وفي الوفاء لأحد الدائنين قبل حلول الأجل بل وعند حلوله .

٥٧٦- صورته للدعوى البولصية - التدخل في القسمة واعتراض

الخارج عن الخصومة : وهناك صورتان خاصتان للدعوى البولصية ، هما التدخل في القسمة واعتراض الخارج عن الخصومة .

أما بالنسبة إلى التدخل في القسمة ، فقد نصت المادة ٨٤٢ من التقنين المدني على ما يأتي : « ١ - لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عيناً أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم ، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ، ويترتب

(١) وقد نص التقنين المدني السابق (م ٧٦/٥٣) صراحة على الوقف (استئناف أهل ٥ يناير سنة ١٨٩٩ م ١٩ ص ١٩٢) .

(٢) بودري وبارد ١ فقرة ٦٩٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٣ .

(٣) ويلاحظ أن الهبة والبيع في مرض الموت يأخذان حكم الوصية ، فلا يحتاج الدائن إلى الطعن فيهما ولا في الوصية ، فإنه يستوفى حقه من التركة قبل استيفاء الموصى له للوصية (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٣ ص ٧٩١ هامش رقم ٦) .

(٤) استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٢٠ — ويجوز الطعن في الصلح بالدعوى البولصية حتى بعد تصديق المحكمة عليه (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٩١) .

(٥) كما إذا أمن المدين لمصلحة أحد الدائنين أو لمصلحة أولاده ، فللدائن إذا نجح في الدعوى البولصية أن ينفذ على أقساط التأمين التي خرجت من مال المدين ، لا على مبلغ التأمين الذي هو حق مباشر للمشتروط لهم .

عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات ، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم . ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى للقسمة . ٢ — أما إذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش » . وهنا نرى الدعوى البولصية يستعملها الدائن ، لا لإصلاح ما وقع من الضرر ، بل لمنع الضرر قبل وقوعه ، فهو يتدخل في إجراءات القسمة حتى يراقب مدينه ويمنعه من الإضرار بحقه . على أنه إذا تمت القسمة دون تدخل الدائن في إجراءاتها ، وتبين أن المدين قد تعدد الإضرار بحقوق الدائن ، بأن أفرز مثلاً لنفسه نصيباً أقل مما يستحقه إضراراً بضمان الدائن ، فانه يجوز للدائن بعد تمام القسمة أن يطعن فيها بالدعوى البولصية ، في صورتها العادية المألوفة ، لإصلاح ما وقع من الضرر ، مادام قد فاته أن يمنع هذا الضرر قبل وقوعه^(١) .

وأما عن اعتراض الخارج عن الحصومة على الحكم الصادر فيها ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٥٠ من تقنين المرافعات على أنه « يجوز لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها ، أن يعترض على هذا الحكم بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم » . وهنا يطعن الدائن ، لا في تصرف قانوني صدر من مدينه ، بل في حكم صدر ضد مدينه نتيجة لتواطؤ هذا المدين مع خصمه حتى يصدر الحكم ضده إضراراً بالدائن ، أو نتيجة لإهمال جسيم من المدين في دفاعه عن حقه . وغنى عن البيان أن الحكم الصادر على هذا الوجه ضد المدين كان يسرى في حق الدائن فينتقص من ضمانه العام ، لولا أن أجاز تقنين المرافعات الجديد — وكذلك لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (م ٣٣٧—٣٣٨) وتقنين المرافعات المختلط (م ٤١٨) دون

(١) وقد قضت محكمة الاسكندرية الكلية الأهلية بأنه وإن كانت المادة ٤٦٠ مدني (٨٤٢ جديد) تجيز لأرباب الديون الشخصية التي على أحد الشركاء الدخول في دعوى القسمة القائمة بين الشركاء ، فان القسمة التي تحصل بدون حضورهم لا تعتبر لاغية ، بل يجوز إلغاؤها بناء على طلبهم إذا ثبت أنها أضرت بحقوقهم (١٢ أكتوبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١/١٨) . انظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٣٢—١٥ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤١ — ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠٠ — ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥ — ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥٦—٢١ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٥٢ .

تقنين المرافعات الأهلى السابق - للدائن الطعن فى الحكم عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة^(١) . وهذه الصورة من الطعن هى صورة خاصة للدعوى البولصية تتلاءم مع طبيعة الحكم . فاذا أثبت الدائن فى الاعتراض الذى يرفعه ضد المحكوم له (م ٤٥١ مرافعات) غش المدين أو تواطؤه أو إهماله الجسم ، لم يصبح الحكم المطعون فيه حجة عليه ولم يسر فى حقه . وتختلف هذه الصورة الخاصة عن الصورة المألوفة للدعوى البولصية فى أمرين : (١) يكفى فى هذه الصورة الخاصة أن يثبت الدائن إهمالا جسيما من المدين دون أن يثبت غشه . (٢) لا يستفيد من الطعن فى هذه الصورة الخاصة إلا الدائن الذى رفع الاعتراض (م ٤٥٥ مرافعات) دون سائر الدائنين .

المطلب الثانى

تصرف مفقر

٥٧٧ - تصرف ينقص من حقوق المدين أو يزيد فى التزاماته :
ويجب أن يكون التصرف القانونى الصادر من المدين تصرفاً ينقص من حقوقه^(٢) أو يزيد فى التزاماته ، وهذا هو المعنى المقصود بالتصرف المفقر (acte d'appauvrissement) .

على أن هذه العبارة - التصرف المفقر - كانت محدودة المعنى فى عهد التقنين

(١) استئناف مختلط ١٢ يوليه سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٦ - ٢ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨١ - ٤ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٨ - الأستاذ عبد الحميد أبو هيف فى المرافعات فقرة ١٢٨٧ - الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٠٣ - ديمولومب ٢٥ فقرة ١٥٧ - لوران ١٦ فقرة ٤٧٢ - هيك ٧ فقرة ٢٢٤ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٣ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٤ .

(٢) وغنى عن البيان أن التصرف هنا معناه التصرف القانونى دون العمل المادى ، فإذا نزع المدين من العقار المرهون رهنا رسميا بعض توابعه التى اعتبرت عقارا بالتخصيص وشملها الرهن على هذا الأساس ، فإن هذا العمل المادى لا يطمئن فيه بالدعوى البولصية ، ولكنه باعتباره عملا ينقص من ضمان الدائن قد يكون سببا فى حلول أجل الدين أو فى مطالبة الدائن المدين لتأمين تكميل ، كما تقضى بذلك الفقرة الأولى من المادة ١٠٤٨ مدنى (قارن مع ذلك ديموج ٧ فقرة ١٠٦١ حيث يرى جواز الطعن بالدعوى البولصية فى هذه الحالة) .

المدنى السابق ، إذ جرت تقاليد الدعوى البولصية على أن يكون التصرف المفقور هو التصرف الذى ينقص من حقوق المدين دون التصرف الذى يزيد فى التزاماته (١).

مثل أن ينقص المدين من حقوقه أن يهب عيناً مملوكة له أو يبرىء مديناً من حق له فى ذمته ، فقد أنقص حقوقه إذ تبرع بحق عينى فى حالة الهبة وبحق شخصى فى حالة الإبراء (٢). كذلك رفض المدين لوصية يعد إنقاصاً لحقوقه ويجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، لأن الموصى له يملك الشيء الموصى به بموجب الوصية ، فاذا رفضها بعد ذلك كان رفضه بمثابة نزول عن شيء مملوك له. ويجوز للدائن ، بعد الطعن فى رفض المدين للوصية ، أن يقبلها باسمه ، فإن القبول هنا ليس مجرد رخصة بل هو حق يجوز للدائن استعماله باسم المدين وقد تقدم ذكر ذلك (٣). كذلك إذا باع المدين عيناً أو حقاً شخصياً فى ذمة مدين له بطريق الحوالة ، فقد أنقص من حقوقه حقاً عينياً أو حقاً شخصياً ، أما الثمن الذى قبضه فيجب أن نفرض أنه كان ثمناً بخساً أو أنه استطاع أن يخفيه أو يبدده بحيث لا يتمكن الدائن من التنفيذ عليه بحقه ، حتى يمكن القول بأن هذا التصرف المفقور كان سبباً فى إعسار المدين أو فى زيادة إعساره ، وهو شرط لازم فى الدعوى البولصية كما سنرى .

أما أن يزيد المدين فى التزاماته فكان فى عهد التقنين المدنى السابق ، كما سبق القول ، لا يعتبر تصرفاً مفقوراً ، فكان لا يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية .

(١) استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٨ . انظر فى القانون الرومانى - جاييس ٢ فقرة ١٩٥ .

(٢) كذلك يجوز الطعن فى قبول المدين لحكم صدر ضده (استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١) وفى إجازة المدين لتصرف كان قابلاً للإبطال (استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٧٤) .

(٣) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٢ — الأستاذ عبد السلام ذهنى فقرة ٣٤٤ — قارن دى هلتس ١ فى الدعوى البولصية فقرة ٤٤ — فقرة ٤٥ ديمولومب ٢٥ فقرة ١٦٦ ص ١٦١ — وانظر عكس ذلك : سينا ٣ فقرة ٧١٨ ص ٣٢٤ — استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤٢ — ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ .

انظرو فى إمكان الطعن فى رفض المدين لربح أصابه من رهان أو « يانصيب » ، وهو ربح أصبح ملكاً له فرفضه يكون إنقاصاً لحقوقه ، إلى دى هلتس ١ فى الدعوى البولصية فقرة ٤٦ .

فاستحدث التقنين المدني الجديد تعديلاً هاماً في هذه المسألة ، إذ نص صراحة في المادة ٢٣٧ ، كما رأينا ، على جواز الطعن بالدعوى البولصية « إذا كان التصرف قد أنقص من حق المدين أو زاد في التزاماته » ، وبذلك عالج عيباً تقليدياً في الدعوى البولصة كان يستوقف النظر . فان المدين الذي يقترض حتى يزيد في التزاماته فيعسر (١) ، يضر بدائنيه بالقدر الذي يضرهم به لو باع عيناً مملوكة له فأنقص من حقوقه وكان هذا الإنقاص سبباً في إعساره . فهو قد أضعف ضمان الدائنين في الحالتين بعمل إيجابي ، ولا فرق بين أن يفعل ذلك بزيادة التزاماته أو بانقاص حقوقه ، فالنتيجة واحدة بالنسبة إلى الدائنين . فالمنطق إذن يقضي بجعل زيادة المدين لالتزاماته ، كانقاصه لحقوقه ، تصرفاً مفقراً يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية . وقد سار فعلاً على هذا الرأي بعض الفقهاء في فرنسا (٢) . ولكن تقاليد هذه الدعوى تأتي إلا أن تميز بين الشئيين ، ولا تجعل التصرف المفقر إلا ذلك النقص المادي في الحقوق ، وهو النقص المباشر الذي يقع تحت الحس ، بخلاف زيادة الالتزامات فهي لا تنقص الحقوق إلا بطريق غير مباشر (٣) . ويبيّن على ذلك ، إذا نحن اتبعنا هذه التقاليد ، أن المدين بدلاً

(١) وغني عن البيان أننا نفترض أن المدين عندما اقترض أخفى ما اقترضه ، وإلا لما كان القرض سبباً في إعساره أو في زيادة إعساره متى وجد مبلغ القرض في ماله ، إذ يكون في هذه الحالة قد اغتنى بقدر ما افتقر ، فلا يكون للقرض أثر في إعساره . وعلى هذا النحو يعلل بعض الفقهاء في فرنسا كيف أن زيادة الالتزامات ليست عرضة للطعن فيها بالدعوى البولصية ، هذا ما لم يكن المدين قد شاطر الدائن ما اقترضه ، فيكون القرض في هذه الحالة سبباً في افتقاره (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٢٤) .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٧٠٩ ص ٧٣٢ وفقرة ٦٧٠ — قارن أيضاً بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٨ .

ثم أن القضاء والفقه في فرنسا يجيزان للدائن أن يطعن في قبول الوارث المدين لتركة معسرة أو في قبول الزوجة المدينة للروكية المعسرة . واعتراض الدائن على عمل مدينه في هذا القبول إنما يقوم على أن المدين يزيد في التزاماته بأكثر مما يزيد في حقوقه ، بحيث أن زيادة الالتزامات على الحقوق يترتب عليها إعساره هو . فالعمل الذي يطعن فيه الدائن هو إذن زيادة المدين لالتزاماته (نقض فرنسي ٢٦ أبريل سنة ١٨٦٩ دالوز ٦٩ — ١ — ٢٣٩ — ديمولومب ١٤ فقرة ٥٥٧ و ١٧ فقرة ١١٤ و ٢٥ فقرة ١٥٥ — لوران ٩ فقرة ٣٦٤ و ١٦ فقرة ٤٧٨ — بودرى وقال في الميراث ٢ فقرة ١٦٨٠ — فقرة ١٦٨١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٢ ص ٧١٦ بلانيول وريبير وروان ٧ فقرة ٩٤٥ — دي باج ٣ فقرة ٢١٩ ص ٢٢٢ — ص ٢٢٣) .

(٣) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٢٤ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢١٠ — بلانيول =

من أن يبيع عيناً مملوكة له بضمن بنحس إضراراً بدائنيه ، يشتري عيناً بضمن باهظ متواطئاً مع البائع حتى يصبح هذا دائناً له بالضمن أى بمبلغ جسم يكون سبباً في إعساره ، فيصل من هذا الطريق إلى الإضرار بدائنيه حيث يعجز عن ذلك من الطريق الأول ، ويكون ما أعطاه القانون من الحماية للدائن باليمين قد سلبه منه بالشمال^(١) . وهذه نتيجة لا يصح الوقوف عندها ، وكان الأولى عدم التقيد بتقاليد القانون الروماني إلى هذا الحد . وهذا ما فعله التقنين المدني الجديد ، عند ما نص صراحة على جواز الطعن بالدعوى البولصية في تصرف المدين الذي يزيد في التزاماته^(٢) . ومن ثم يجوز للمدين الطعن في عقد القرض الذي يقترض المدين بموجبه مبلغاً من المال يزيد في التزاماته فيسبب إعساره أو يزيد في هذا الإعسار ، وفي عقد الشركة الذي يلتزم المدين بموجبه أن يدفع مبلغاً من المال كحصة له في الشركة ويكون هذا الالتزام سبباً في إعساره ، وفي عقد التأمين الذي يلتزم المدين بموجبه أن يدفع لشركة التأمين أقساطاً مرتفعة فيسبب هذا الالتزام إعساره^(٣) ، وهكذا .

٥٧٨ - تفصيل دائن على آخر دوره من الوفاء لبعض الدائنين

دوره بعض : وهناك تصرفان قانونيان كانا محلاً للجدل في عهد التقنين المدني السابق ، فخصهما التقنين المدني بنص حسم به الخلاف .

فقد يتفق المدين مع أحد الدائنين على إعطائه ضماناً خاصاً ، كرهن مثلاً ، يتقدم به على سائر الدائنين دون حق ، أى أنه ما كان ليتقدم لولا هذا الضمان الخاص . فهل يعتبر هذا التصرف تصرفاً مفقراً يجوز الطعن فيه بالدعوى

= ورير وردوان ٧ فقرة ٩٤٥ - دى هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٢٤ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٤ .

(١) نظرية العقد فقرة ٧٣٤ ص ٧٩٦ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣١ .

(٣) بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٦٤٨ - والعبرة بتاريخ التصرف الذي زاد في التزامات المدين ، فإن كان هذا التصرف قد صدر قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لم يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية تطبيقاً لأحكام التقنين المدني السابق ، وإلا جاز الطعن فيه تطبيقاً لأحكام التقنين المدني الجديد .

البولصية ؟ كان الحكم مختلفاً عليه في عهد التقنين المدني السابق . فكان هناك رأى يذهب إلى أنه لا يجوز الطعن في هذه الحالة ، حتى لو علم الدائن الذى حصل على هذا الضمان بغش المدين ، ما دام هو يسعى للتأمين على حقه ، وهذا غرض مشروع^(١) . فأورد التقنين المدني الجديد نصاً صريحاً في هذه المسألة ، إذ قضت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٢ ، كما رأينا : بأنه « إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق ، فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة » . ويخلص من هذا النص أن إعطاء المدين لأحد الدائنين ضماناً خاصاً يجعله يتقدم على سائر الدائنين دون حق ، أى أنه ما كان ليتقدم عليهم لولا هذا الضمان ، يعتبر تصرفاً مفقراً يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية . ويجب التميز في هذه الحالة بين فرضين ، فقد يكون الدائن حصل من المدين على هذا الضمان الخاص بغير مقابل ، وقد يكون أدى للمدين مقابلاً له . ففي الفرض الأول يكون التصرف تبرعاً ، ولا يشترط في جواز الطعن فيه بالدعوى البولصية غش الدائن الذى حصل على الضمان الخاص ، بل ولا غش المدين الذى أعطى هذا الضمان^(٢) . أما في الفرض الثانى ، إذا أدى الدائن مقابلاً للضمان الذى حصل عليه ، كأن مد في أجل الدين أو أعطى المدين أجلاً جديداً أو حط جزءاً من الدين ، فإن التصرف يكون معارضة . ويشترط إذن في جواز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، كما سنرى ، إثبات غش كل من المدين والدائن ، أى إثبات أنهما قصدا من هذا الضمان أن يتقدم الدائن دون حق على سائر الدائنين . وفي الفرضين ، إذا نجح الطعن في التصرف ، اعتبر الضمان الخاص الذى حصل عليه الدائن غير نافذ في حق سائر الدائنين ، وفقد الدائن ميزة التقدم التى كان يسعى إليها من غير حق^(٣) .

(١) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٤٦ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ رقم ١٨٩ ص ١٤١ .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٥ .

(٣) الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١١٥ ص ١٥٤ — وقد يكون من أعطى الضمان كفيلاً عينياً ، فإذا كان الدائن قد أدى للمدين مقابلاً لهذا الضمان ، بأن مد مثلاً في أجل الدين أو منح المدين أجلاً جديداً أو حط جزءاً من الدين ، فإن التصرف يعتبر معاوضة بالنسبة إلى الدائن وإن كان يعتبر تبرعاً بالنسبة إلى الكفيل العيني . والعبرة في الدعوى البولصية بمن حصل له التصرف ، فتكون العبرة هنا بالدائن الذى حصل على الضمان ، ويكون التصرف =

وكان استيفاء أحد الدائنين حقه من المدين ، في عهد التقنين المدني السابق . لا يستخلص منه تواطؤ هذا الدائن مع المدين للاضرار بحقوق الدائنين الآخرين ، حتى لو علم الدائن الذي استوفى حقه بغش المدين ، فان علمه بهذا الغش ليس بدليل على أنه متواطئ معه ، إذ هو دائن يستوفى حقه ، فهو يسعى إلى غرض مشروع^(١) . أما إذا كان الدين الذي وفاه المدين مؤجلا ، وعجل المدين الوفاء به متنازلا عن الأجل ، فكان يجوز الطعن بالدعوى البولصية في الوفاء إذا ثبت تواطؤ المدين مع الدائن الذي استوفى حقه قبل حلول الأجل^(٢) . وقد أورد التقنين المدني الجديد نصا صريحا في هذه المسألة عدل من هذه الأحكام . إذ قضت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٢ ، كما رأينا ، بأنه « إذا وفي المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذي عين أصلا للوفاء ، فلا يسرى هذا الوفاء في حق باقي الدائنين . وكذلك لا يسرى في حقهم الوفاء ، ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل ، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى حقه » . ويخلص من هذا النص أن كل وفاء قبل حلول الأجل يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، ويعتبر التصرف هذا تبرعا ، فلا يشترط ، خلافا لما كان عليه الأمر في عهد التقنين المدني السابق ، لا غش المدين الذي عجل الوفاء ولا تواطؤ الدائن الذي تعجله . أما الوفاء عند حلول الأجل فيعتبر معاوضة ، لأن الدائن إنما استوفى حقه عند حلول أجله فلم يتبرع له المدين بشيء . ويجوز الطعن في هذا الوفاء بالدعوى البولصية ، خلافا لما كان عليه الأمر

= معاوضة . فيشترط إذن ، حتى يطعن دائنو الكفيل العيني في تصرفه بالدعوى البولصية ، أن يثبتوا غش الكفيل العيني وغش الدائن الذي حصل منه على الضمان (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٧ — ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٧ — ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٥ ص ٢٦٦ وقارن فقرة ٩٥٠ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ — قارب أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢٠٩ .

(١) دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٢٣ — هالتون ١ ص ٣٤٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ — استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٧٣ — ١٣ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٦ — انظر أيضا : ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٢٥ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٩٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٨ .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ — انظر أيضا بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٨ ، وقارن بودري وبارد ١ فقرة ٦٩٥ حيث يكتفيان بعمل الدائن الذي استوفى حقه قبل الأجل يرد الفوائد القانونية عن المدة التي كانت باقية من الأجل .

في عهد التقنين المدني السابق حيث كان هذا الطعن غير جائز . ولكن يشترط للطعن في الوفاء عند حلول الأجل ما يشترط في المعاوضات ، فيجب إثبات غش المدين الذي وفي بدينه وتواطؤ الدائن الذي استوفى حقه (١) .

ونلاحظ هنا أنه إذا جاز أن يقال أن تفضيل المدين لأحد دائنيه بترتيب رهن لمصلحته يتضمن معنى إنقاص حقوق المدين ، فإنه لا يمكن أن يقال أن الوفاء لأحد الدائنين قبل غيره فيه إنقاص لحقوق المدين أو زيادة في التزاماته . ولكنه تصرف يضر على كل حال بالدائنين الآخرين ، إذ ينقص نسبة ما يأخذونه من مدينتهم المعسر وفاء لحقوقهم ، ما دام أحد الدائنين قد استوفى حقه كاملاً . ومن ثم غنى التقنين الجديد أن يورد نصاً خاصاً في هذه المسألة (٢) .

(١) أما الوفاء بمقابل (dation en paiement) فكان ، في عهد التقنين المدني السابق ، يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية إذا كان المقابل الذي أخذه الدائن يزيد كثيراً على حقه ، بحيث يستخلص من ذلك تواطؤ المدين مع الدائن للأضرار بالدائنين الآخرين (استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ وانظر : بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٥ — بلانيول وريبير ورد وان ٧ فقرة ٩٤٩) . أما إذا كان الدائن لم يأخذ مقابلاً لحقه إلا قيمة تعادله ، فلا يجوز الطعن في الوفاء بمقابل (استئناف أهلى ١٧ مايو سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٩١ / ٢ ص ٥٥٥ — ٢٧ مارس سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١٩ ص ٨٤ — استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٧٩ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٧ — ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ . وانظر : لوران ١٦ فقرة ٤٨١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦٣) . وقد قضت محكمة النقض بأن القول بانتفاء التواطؤ المبطل لتصرف المدين في حق الدائن كلما كان التصرف صادراً إلى دائن توفية لدينه غير صحيح على إطلاقه ، إذ هو ، إن صح في حالة تعادل مبلغ الدين وقيمة المبيع ، لا يصح في حالة تفاوتهما تفاوتاً من شأنه أن يفيد أن التصرف لم يكن مجرد توفية دين فحسب (نقض مدنى ٩ يونيه سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣٢ ص ٧٩٦ — قارن أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٢ ص ١٠٣) . أما في عهد التقنين المدني الجديد فترى أن الوفاء بمقابل يأخذ حكم الوفاء : فإن كان الوفاء بمقابل قد حصل قبل حلول الأجل ، فإنه يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، حتى لو كان المقابل يعادل مبلغ الدين ، وحتى لو لم يثبت الغش . وإن كان الوفاء بمقابل قد حصل عند حلول الأجل ، فإنه يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية إذا ثبت الغش ، حتى لو كان المقابل يعادل مبلغ الدين . والعبرة بوقت حصول الوفاء أو الوفاء بمقابل ، فإن حصل قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ طبقت أحكام التقنين السابق ، وإلا طبقت أحكام التقنين الجديد .

(٢) انظر في تفضيل دائن على آخر وفي الوفاء لأحد الدائنين المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣١ — ٦٣٢ .

٥٧٩ — امتناع المدين من زيادة حقوقه أو انقاص التزاماته :

أما إذا امتنع المدين من زيادة حقوقه أو من إنقاص التزاماته، كما إذا رفض هبة أو أقر بدين في ذمته تقادم بسنة واحدة وفقاً للمادة ٣٧٨ مدني^(١) . فظاهر أن هذا العمل ، وإن أضر بالدائن ، ليس بعمل مفقر ، وليس للدائن أن يشكو منه ، فإنه لم يجرد المدين من حق كان داخلاً في ضمان الدائن ولم يثقل كاهله بدين جديد يضعف من هذا الضمان^(٢).

وكان مقتضى ما قدمناه أن المدين إذا امتنع عن التمسك بالتقادم لكسب حق أو اسقاط التزام ، فليس للدائن أن يطعن في ذلك ، لأن المدين لا يكسب الحق

(١) وتقضى هذه المادة بأنه يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلاً ، فضى السنة وحده لا يقضى الدين ، بل لا بد فوق ذلك من يمين المدين . فإذا رفض المدين حلف اليمين وأقر بالدين ، لم يكن بإقراره هذا قد زاد في التزاماته ، بل يكون قد امتنع من انقاصها . ثم أن دائنيه ، خلافاً لما تقضى به الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدني ، لا يجوز لهم باسمه أن يتمسكوا بالتقادم ، ولا أن يحلفوا اليمين مكانه ، فإن هذا أمر شخصي يتعلق بذمة المدين .

وإذا أبرأ دائن ذمة المدين من الدين ، فرد المدين الإبراء ، كان هذا الرد وفقاً للتقنين المدني الجديد تصرفاً مفقراً يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، لأن الإبراء في هذا التقنين تصرف يتم بإرادة الدائن وحده ، فبجرد صدوره من الدائن يسقط الدين ، فإذا رد المدين الإبراء عاد الدين ، فيكون المدين برد الإبراء قد زاد في التزاماته . أما الإبراء في التقنين المدني السابق فكان لا يتم إلا بإيجاب من الدائن وقبول من المدين ، فرفض المدين للإبراء كان عندئذ يعد امتناعاً عن إنقاص التزاماته ، فلم يكن يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٤ ص ٧٩٤) .

والنزول عن الميراث يعتبر في فرنسا امتناعاً عن زيادة الحقوق ، وبذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة بالنسبة إلى الأجانب (أول ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٤٨) . أما في الشريعة الإسلامية فنزول الوارث عن ميراثه يعتبر إنقاصاً لحقوقه .

(٢) بودري وبارد ١ فقرة ٦٥٦ ص ٦٦٢ — هالتون ١ ص ٣٤١ — دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ١٣ — والتون ٢ ص ١١٣ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٤ ص ٧٩٤ — هذا إلى أنه لو فرض أن الدائن سمح له بالطعن في عدم قبول المدين للهبة أو في إقراره بالدين بعد تقادمه بسنة واحدة ، فإن هذا الطعن لا يعود بفائدة على الدائن ، لأنه بعد ذلك لا يستطيع أن يقبل الهبة أو أن يتمسك بالتقادم بسنة واحدة ، إذ القبول والتمسك في هاتين الحالتين مجرد رخصة لا يجوز استعمالها باسم المدين ، وهما على كل حال متصلتان بشخص المدين (بودري وبارد ١ فقرة ٦٥٦ ص ٦٦٣ — ٦٦٤ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٩ — فقرة ٩٤٠ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٤٧) .

ولا يسقط الالتزام إلا إذا تمسك بالتقادم ، فإذا رفض التمسك به فلا يكون قد أنقص حقوقه أو زاد في التزاماته ، بل يكون قد امتنع عن زيادة حقوقه أو عن إنقاص التزاماته . غير أن المادة ٣٨٨ فقرة ثانية من التقنين المدني^(١) قضت بأن النزول عن التقادم المسقط لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم^(٢) ، وبهذا الحكم أيضاً قضت المادة ٩٧٣ بالنسبة إلى التقادم المكسب . وقد قدمنا أن للدائن ، فوق ذلك ، أن يتمسك بالتقادم ، مسقطاً كان أو مكسباً ، بالنيابة عن مدينه ، مع أن التمسك بالتقادم يعد رخصة لا حقاً (م ٣٨٧ و ٩٨٣ مدني) . ويخلص من ذلك إنه بالرغم من أن التمسك بالتقادم رخصة لا حق ، إلا أن الدائن يستطيع استثناءً أن يستعمل هذه الرخصة نيابة عن مدينه بموجب النص الصريح ، وبالرغم من أن النزول عن التقادم ليس تصرفاً مفقراً بل هو عمل يمتنع به المدين عن زيادة حقوقه أو انقاص التزاماته ، إلا أن الدائن يستطيع استثناءً أن يطعن فيه بالدعوى للبولصية بموجب النص الصريح^(٣) .

٥٨٠ — الحق الذي تصرف فيه المدين يجب أنه يكون مفقراً للمدائن :
وحتى يكون للدائن مصلحة في الطعن في تصرف المدين بالدعوى البولصية ، يجب

- (١) ويقابلها المادة ٢٢٢٥ من التقنين المدني الفرنسي .
(٢) ولما كان النزول عن التقادم بعد تمامه يعتبر تبرعاً ، فإن المادة ٣٨٨ فقرة ٢ مدني لم تشترط غش المدين ، لأن الغش لا يشترط في التبرعات . أما في التقنين المدني السابق (م ٢٧٠/٢٠٦) فقد كان النص يشترط غش المدين (أنظر في تبرير ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٠ هامش رقم ٢ ، وانظر مع ذلك استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٨ حيث لا يشترط الحكم الغش للطعن في النزول عن التقادم) .
(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤١ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٤٧ — وقارن بودري وبارد ١ فقرة ٦٥٦ ص ٦٦٥ و فقرة ٦٩٤ وبودري وتيسيه فقرة ١١٦ — فقرة ١١٧ ، حيث يذهبون إلى أن التقادم في ذاته يكسب الحق أو يسقط الالتزام ، وعلى ذلك تكون المادة ٢٢٢٥ من التقنين المدني الفرنسي (وهي التي تقابل المادة ٣٨٨ من التقنين المدني المصري كما قدمنا) ليست استثناء لامن قواعد الدعوى غير المباشرة ولا من قواعد الدعوى البولصية ، إذ المدين يكون قد كسب حقاً يستعمله مدينه نيابة عنه ، وبالنزول عنه يكون قد أنقص من حقوقه أو زاد في التزاماته فيجوز الطعن بالدعوى البولصية ، وقد سبقنا الإشارة إلى أن من رأى هؤلاء الفقهاء أن التصرف الذي يزيد به المدين من التزاماته يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية في القانون الفرنسي . وانظر في هذه المسألة في التقنين المدني السابق نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٤ ص ٧٩٤ هامش رقم ١ .

أن يكون الحق الذى تصرف فيه المدين يستطيع الدائن أن يستوفى منه حقه ، وإلا لم تكن له مصلحة فى الطعن . فإذا كان هذا الحق مثقلاً بحقوق عينية للغير تستغرقه ولا تدع منه شيئاً للدائن^(١) ، أو كان الحق لا يجوز الحجز عليه كالمرتبات والنفقة والملكية الزراعية الصغيرة^(٢) ، فإن الدائن لا تكون له مصلحة فى الطعن فى تصرف المدين ، ومن ثم لا يجوز له أن يرفع الدعوى البولصية^(٣) .

على أن هناك من الأموال ما لا يجوز الحجز عليه ، ولكنه ينتج غلة يجوز الحجز عليها . فالمستحق فى وقف — عندما كان الوقف الأهلى جائزاً — حقه فى الوقف غير قابل للتصرف فيه ولا للحجز عليه ، ولكن غلة هذا الوقف ، وهو نصيبه فى الاستحقاق ، قابل للحجز . كذلك الملكية الزراعية الصغيرة التى لا تزيد على خمسة الأفدنة لا يجوز الحجز عليها ، ولكنها تنتج ريعاً يجوز للدائن أن ينفذ عليه بحقه . فإذا تصرف المستحق فى الوقف فى نصيبه فى الغلة إضراراً بدائنه جاز للدائن أن يطعن فى التصرف ، وإذا باع المدين خمسة الأفدنة جاز أيضاً للدائن الطعن فى هذا التصرف فلا يسرى عليه بقدر ماله فى ذلك من مصلحة أى بقدر غلة الأرض^(٤) .

كذلك لا يجوز الطعن فى تصرف المدين إذا لم يؤد هذا الطعن إلا إلى ضرورة استعمال الدائن لحق متصل بشخص المدين ، وذلك كما إذا نزل الواهب عن حقه فى الرجوع فى الهبة ، فلا فائدة من الطعن فى هذا النزول ، إذ يفرض أن الدائن قد نجح فى طعنه وعاد للواهب حقه فى الرجوع فى الهبة ، فإن الدائن لا يستطيع أن يستعمل هذا الحق باسم المدين لأنه متصل بشخصه^(٥) .

(١) استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٨ .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٤٧ — ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ — بنى سوييف الكلية ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٣١ — بنى سوييف الجزئية أول يولييه سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٧٧ — شين الكوم الجزئية ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ١٠٣ .

(٣) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٢ ص ٧٨٦ — ص ٧٨٧ .

(٤) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٢ ص ٧٨٦ هامش رقم ٢ . وانظر : بودرى وبارد ١

فقرة ٦٩٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٦ .

(٥) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٦٩ — لوران ١٦ فقرة ٤٧٣ — بودرى وبارد ١ =

المطلب الثالث

تصرف تال في الوجود لحق الدائن

٥٨١ - ارتباط هذا الشرط بشرط غشى المدين : ويجب أخيراً أن يكون التصرف الصادر من المدين تالياً في الوجود لحق الدائن الذى يطعن فى هذا التصرف (١). وذلك لأن حق الدائن إذا لم يكن متقدماً على التصرف المطعون فيه ، لم يكن للدائن وجه للتظلم ، إذ لم يوجد حقه إلا بعد صدور التصرف من المدين وفى وقت لم يكن الحق الذى تصرف فيه المدين جزءاً من ضمانه حتى يقال إنه اعتمد على وجود هذا الحق . ولا يمكن أن نتصور وجود الغش فى جانب المدين ، وإنه أراد بتصرفه الإضرار بدائن لم يكن موجوداً وقت التصرف ، إلا فى فرض واحد ، هو أن يكون المدين قد صدر منه التصرف متوقعا أنه سيصبح مديناً فى وقت قريب ، فقصد بتصرفه الإضرار بالدائن

= فقرة ٦٩٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٧ - على أنه يجوز الطعن فى تصرف صادر من المدين حتى لو كان هذا التصرف يتضمن استعمالاً لحق متصل بشخصه ، كما إذا اعترف بينوة ولد ليس له حتى تجب عليه النفقة أضراراً بالدائن (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٣ ص ٧٩٢) .

(١) استئناف أهلى ٢ يوليه سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ١٧ - استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٨٧ ص ٢٣٣ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٣٥ ص ٨٦٤ - ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٤٧ ص ٢٦٧ - استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٤٦ - ٢٠ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ - ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ - ٥ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١١٣ - ١١ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٥ - ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٧١ - ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨ - ٣ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٧٩ - ١٧ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٣ - ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ - ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩ - ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ - ٤ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٥٩ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ - ديرانتون ٢٠ فقرة ٥٧٣ - توليه ٦ فقرة ٣٥١ - ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٢ - لوران ١٦ فقرة ٤٦٠ - هيك ٧ فقرة ٢١٩ - أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٨ - ١٩٩ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٦ - والتون ٢ ص ١١٤ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٣ هامش رقم ١ .

المستقبل ، وذلك كأن يبيع ، في وقت يسعى فيه لعقد قرض ، عيناً مملوكة له ، ثم يقترض بعد ذلك وقد اطمأن إلى أن المقرض لا يستطيع التنفيذ على العين بعد أن باعها . في مثل هذا القرض يجوز للدائن — رغماً من أن حقه تال لتصرف المدين — أن يطعن في هذا التصرف بالدعوى البولصية ، لأن الغش في جانب المدين قد توافر (١) .

ونرى من ذلك أن اشتراط تأخر تصرف المدين على حق الدائن في الوجود ليس في الواقع إلا عنصراً من عناصر شرط الغش في جانب المدين ، إذ لا يمكن توافر هذا الشرط عادة إلا إذا كان تصرف المدين تالياً لحق الدائن ، فاذا أمكن توافر الغش دون هذا التأخر ، فالتأخر لا يشترط (٢) .

٥٨٢ — مقارنة بالدعوى غير المباشرة : وقد رأينا في الدعوى غير المباشرة أن تاريخ وجود الحق الذي يستعمله الدائن لا أهمية له ، فقد يكون تالياً لحق الدائن وقد يكون سابقاً عليه ، لأن الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين موجود في أموال المدين حتى لو كان سابقاً على حق الدائن ، فهو إذن جزء من ضمان الدائن . وهذا بخلاف الدعوى البولصية لو كان المدين قد تصرف في الحق قبل ثبوت حق الدائن ، فإن حق المدين يكون قد خرج من ماله قبل أن تثبت للدائن صفته ، فهذا الحق لم يكن إذن جزءاً من ضمان الدائن (٣) .

(١) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٧٠ — ٥ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٠٤ — ٢٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣٥ — لوران ١٦ فقرة ٤٦٢ — هيك ٧ فقرة ٢١٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٦ — والتون ٢ ص ١١٤ — ص ١١٥ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٣ هامش رقم ٢ . ومثل ذلك أيضاً أن يقف المدين عقاراً ثم يقترض (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٤ ص ٥١) .

(٢) جروبييه ٢ فقرة ٤٤ وما بعدها — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٦ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٣ — ص ٧٨٤ — انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢ — أما في التبرعات ، في القانون المصرى ، حيث لا يشترط الغش ، فاشتراط تأخر تصرف المدين على حق الدائن إنما يكون عنصراً من عناصر الضرر .

(٣) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ .

٥٨٣ — العبرة بتاريخ وجود الدائن لا بتاريخ استحقاقه وبتاريخ

صدور التصرف لا بتاريخ شهره : ولما كان الشرط هو أن يتأخر تصرف المدين عن حق الدائن في الوجود ، فالعبرة في المقارنة بين التاريخين بتاريخ حق الدائن في الوجود لا في الاستحقاق ، وبتاريخ صدور التصرف لا بتاريخ شهره .

العبرة بتاريخ حق الدائن في الوجود لا في الاستحقاق ، فلو كان الحق موجوداً قبل صدور التصرف ، ولو كان غير مستحق الأداء أو كان غير خال من النزاع ، فللدائن رفع الدعوى البولصية ولكن بعد أن يصبح الحق مستحق الأداء خالياً من النزاع . فيستطيع الدائن المعلق حقه على شرط واقف أو المقترن بأجل واقف ، عند تحقق الشرط أو عند حلول الأجل ، أن يطعن بالدعوى البولصية في تصرف صدر من مدينه قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل ، أى في وقت كان حقه فيه غير مستحق الأداء ، ما دام هذا الحق أصبح مستحق الأداء وقت رفع الدعوى البولصية . فالواجب هو أن يكون حق الدائن سابقاً في الوجود لا في الاستحقاق على تصرف المدين ، ولا شك في أن الحق المعلق على شرط أو المقترن بأجل يعتبر موجوداً قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل ، فيكون سابقاً في الوجود على تصرف المدين^(١) . وإذا تصرف المدين في وقت كان الدائن قد رفع دعواه يطلب الحكم بحقه المتنازع فيه ، وكان الدافع للمدين على التصرف توقعه صدور الحكم عليه في دعوى الدائن ، فللدائن ، بعد أن يصدر على حكم لمصلحته فيصبح حقه خالياً من النزاع ، أن يطعن في تصرف المدين ، لأنه إذا كان هذا التصرف قد سبق الحكم ، فإن الحكم ليس منشأً لحق الدائن بل هو مقرر له ، فالحق موجود قبل صدور التصرف من المدين^(٢) .

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٢ هامش رقم ٣ .

(٢) استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٢٠ ص ٤٤٢ — استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٠١ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ — ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ — لوران ١٦ فقرة ٤٦١ — هيك ٧ فقرة ٢١٧ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٧ — دى هلتس ١٠ في الدعوى البولصية فقر ٥٣ — والتون ٢ ص ١١٤ — ص ١١٥ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ هامش رقم ٢ .

والعبرة في التصرف الصادر من المدين بتاريخ صدوره، لا بتاريخ شهره إن كان من التصرفات التي تستوجب الشهر . فإذا كان التصرف الصادر من المدين بيعاً مثلاً ، وجب أن يكون صدور البيع تالياً لثبوت حق الدائن ، أما إذا كان سابقاً ، فليس للدائن أن يطعن في البيع حتى لو لم يسجل إلا بعد ثبوت حقه (١) .

٥٨٤ — كيفية إثبات أنه تصرف المدين نال في التاريخ لحق الدائن :

بقي أن نعرف كيف يمكن إثبات أن تصرف المدين نال في التاريخ لحق الدائن . تقضى القواعد العامة بأن الدائن ، وهو الذي يطعن في تصرف المدين ، يحمل عبء إثبات أن حقه سابق في الوجود على صدور التصرف المطعون فيه ، لأن هذا شرط من شروط الدعوى البولصية ، والدائن الذي يستعمل الدعوى هو المكلف بإثبات توافر جميع شروطها .

فإن كان مصدر حق الدائن عملاً مادياً ، فمن السهل إثبات تاريخ وجود هذا الحق بالرجوع إلى الوقت الذي تم فيه العمل المادى المنشئ للحق . ويكون تاريخ تصرف المدين ، ولو كان تاريخاً عرفياً غير ثابت ، حجة على الدائن الى أن يثبت العكس ، لأن الدائن لا يعتبر من الغير بالنسبة الى هذا التاريخ قبل أن يثبت أن شروط الدعوى البولصية قد توافرت . فإذا كان تاريخ التصرف متأخراً على تاريخ العمل المادى ، فقد ثبت بذلك أن حق الدائن سابق في الوجود على تصرف المدين . أما إذا كان تاريخ التصرف متقدماً على تاريخ العمل المادى ، ولم يكن تاريخاً ثابتاً ، فللدائن أن يثبت بجميع الطرق أن هذا التاريخ قد قدم عمداً ليكون سابقاً على حقه بقصد حرمانه من الدعوى البولصية (٢) .

وإن كان مصدر حق الدائن عقداً ، وكان له تاريخ ثابت ، فهذا التاريخ الثابت يكون حجة على من حصل له التصرف . ولكن تاريخ التصرف ،

= ويلاحظ أن الحق الناتج من الحساب الجارى لا يعتبر وجوده من وقت افتتاح الحساب ، بل من وقت وجود الرصيد (استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٥٩) .

(١) استئناف مصر ١٣ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص ٨٩١ رقم ٥٣٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٧ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ هامش رقم ٢ — قارن الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات ص ٣٤٩ .

(٢) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ هامش رقم ٢ .
(م ٦٥ الوسيط — ج ٢)

ولو كان تاريخاً غير ثابت ، يكون أيضاً حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس لأنه ليس من الغير قبل أن يثبت توافر شروط الدعوى البولصية كما قدمنا . ومن ثم إذا كان التاريخ غير الثابت للتصرف متقدماً على التاريخ الثابت لحق الدائن ، كان للدائن أن يثبت بجميع الطرق أن التاريخ قدم عمداً بقصد حرمانه من الدعوى البولصية^(١) . وغنى عن البيان أن التصرف إذا كان له تاريخ ثابت ، فإن مقارنة هذا التاريخ بالتاريخ الثابت لحق الدائن تمكن من معرفة أى التاريخين هو الأسبق .

أما إذا كان العقد الذى أنشأ حق الدائن غير ثابت التاريخ ، فقد كان ينبغي ألا يكون هذا التاريخ حجة على من حصل له التصرف ، لأنه من الغير وقد قدمنا أن الغير لا يحتاج عليه إلا بالتاريخ الثابت . ولكن لأسباب عملية أغفل التقنين المصرى الجديد أن يشترط ثبوت تاريخ حق الدائن ، اقتداء بالمشروع الفرنسى الإيطالى ، لأن الدائن — كما تقول المذكرة الإيضاحية^(٢) — « يفاجأ فى أغلب الأحيان بالتصرف الضار دون أن يكون قد احتاط من قبل لإثبات تاريخ سند الدين » . ومن ثم يكون التاريخ غير الثابت لحق الدائن حجة على من

(١) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ هامش رقم ٢ .

(٢) وهذا ما تقوله المذكرة الإيضاحية : « وقد كان فى الوسخ أن يشترط ثبوت تاريخ الدين لإقامة الدليل على تقدمه على التصرف ، بيد أن المشروع أثر إغفال اشتراط ثبوت التاريخ اقتداء بالمشروع الفرنسى الإيطالى ، لا سيما أن القضاء المصرى قد جرى على ذلك ... والواقع أن الدائن يفاجأ فى أغلب الأحيان بالتصرف الضار دون أن يكون قد احتاط من قبل لإثبات تاريخ سند الدين . ولكن من المسلم أن عبء إقامة الدليل على تقدم الدين ، بطرق الإثبات كافة ، يقع على عاتق الدائن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢) .

ويلاحظ أنه كان لا يكتفى بإغفال اشتراط ثبوت التاريخ ، بل كان يجب أن ينص المشرع صراحة على أن ثبوت التاريخ لا يشترط ليكون التاريخ حجة على المتصرف إليه ، كما فعل المشروع الفرنسى الإيطالى (م ١٠٧ فقرة أولى) . فإن لم يوجد نص صريح فى هذا المعنى وجب تطبيق القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن المتصرف إليه من الغير فلا يحتاج عليه إلا بالتاريخ الثابت . على أنه يمكن القول إن المتصرف إليه يكون عادة سىء النية فى الدعوى البولصية ، ومتى أثبت الدائن سوء نيته جاز له أن يحتاج عليه بالتاريخ غير الثابت ، لأن المتصرف إليه لا يستطيع أن يتمسك بوجوب أن يكون التاريخ ثابتاً إلا إذا كان حسن النية ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩١ ص ٧١٤ ، وقارب أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٩ وهامش رقم ١٥ — وانظر عكس ذلك : لوران ١٦ فقرة ٤٦١ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٤٠) .

حصل له التصرف ، إلى أن يثبت هذا أن التاريخ قدم عمداً بالتواطؤ بين الدائن والمدين حتى يستطيع الدائن الطعن في التصرف بالدعوى البولصية^(١) . ويكون تاريخ التصرف حجة على الدائن كما قدمنا ، فإن كان تاريخاً ثابتاً كانت حجته مطلقة^(٢) ، وإن كان تاريخاً غير ثابت كان حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس . ومن ثم إذا كان تاريخ التصرف غير ثابت ، وكان متقدماً على التاريخ غير الثابت لحق الدائن ، جاز للدائن أن يثبت بجميع الطرق أن تاريخ التصرف قد قدم عمداً بقصد حرمانه من الدعوى البولصية^(٣) .

المبحث الثالث

الشروط التي ترجع إلى المدين

٥٨٥ — **شروطه رئيسية** : أما الشروط التي ترجع إلى المدين فتتفرّد إلى شرطين رئيسيين : (أولاً) الإعسار (ثانياً) الغش والتواطؤ^(٤) .

(١) والراجع في الفقه الفرنسي أن المتصرف له ، وهو معتبر من الغير ، لا يحتاج عليه إلا بالتاريخ الثابت : بلانيول وريبير وردران ٧ فقرة ٩٥٧ ص ٢٨٨ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٤٠ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٤٨ — جوسران ٢ فقرة ٦٩٦ — داللو أنسيكلو بيدي (action paulienne) فقرة ٣٨ — فقرة ٣٩ — قارن أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٩ وهامش رقم ١٥ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٩١ ص ٧١٤ — ديموج ٧ فقرة ١٠٥٧ .

وقد سار القضاء اللبناني على عدم ضرورة التاريخ الثابت لحق الدائن (قرار محكمة الاستئناف الغرفة الأولى ٢٠ كانون الأول سنة ١٩٤٨ رقم ٥٠٠ ، النشرة القضائية ١٩٤٩ ص ٤٦٣ — الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون اللبناني ص ٦٣) . وفي القانون العراقي يرى الدكتور حسن الذنون وجوب ثبوت التاريخ لحق الدائن (أحكام الالتزام في القانون العراقي ص ٨٨ — ص ٨٩) .

انظر في هذه المسألة في التقنين المدني المصري السابق : نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ — الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت في نظرية الالتزام فقرة ٦٤٣ ص ٤٨٢ — الأستاذ محمد صادق فهمي فقرة ٤٨٠ ، وفي التقنين المدني الجديد الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ١٥٢ — ص ١٥٣ .

(٢) إلى حد الطعن بالتزوير بداهة .

(٣) انظر في هذه المسألة آنفاً فقرة ١١٩ ص ٢١٥ — ص ٢١٧ .

(٤) أما وارث المدين فلا يشترط فيه شيء من ذلك ، وهو لا يستطيع بيع عين من أعيان =

المطلب الأول

الاعسار

٥٨٦- تصرف المبيع بسبب اعساره أو يزيد في اعساره : يشترط في الدعوى البولصية أن يكون المدين معسراً ليست عنده أموال تكفى لوفاء حق الدائن .

والمدين إما أن يكون غير معسر قبل صدور التصرف المطعون فيه فيجب أن يكون هذا التصرف هو السبب في إعساره ، وإما أن يكون معسراً قبل صدور التصرف فيجب أن يزيد التصرف في إعساره ^(١). وهذا ما تنقضى به المادة ٢٣٧ من التقنين المدني ، وقد تقدم ذكرها .

= التركة إلا بعد سداد الديون ، ولا يجوز للمشتري من الوارث ، ولو سجل البيع ، أن يتطلب من دائن التركة توافر شروط الدعوى البولصية (استئناف مصر ٦ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٤٦ ص ٩٤) .

(١) استئناف أهلى ٦ نوفمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٩ ص ٣٥ — استئناف مصر ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٨٧ ص ٢٣٣ — ١٣ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٣٦ ص ٨٩١ — ١٤ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٣٥ ص ٨٦٤ — ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٤٧ ص ٢٦٧ — ١٧ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٦ ص ١٤١ — استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ — ٢ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٧ — ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٠١ — ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩٧ — ١٤ مارس سنة ١٩٠٧ م ٢٩ ص ١٧٨ — ١٧ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٣ — ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧ — ٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧٩ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ — ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ — ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ — ١٧ يونيو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٦١ — ٣ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٧ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٩٦ — ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ — ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥ .

ديراتون ١٠ فقرة ٥٧٠ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٧٦ — لوران ١٦ فقرة ٤٣٤ — ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٧ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٧ — ص ١٩٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٨ — والتون ٢ ص ١٠٩ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٢ ص ٧٨٧ هامش رقم ٢ .

فلو أن التصرف المطعون فيه لم يكن هو السبب في الإعسار ، بل بقي المدين موسراً بعد هذا التصرف^(١) ، ولكن طرأ بعد ذلك ما جعله معسراً ، فلا يجوز للدائن أن يطعن في التصرف . على أنه قد يتفق أن تصرف المدين لا يجعله معسراً ، ولكن يكون هذا التصرف حلقة في سلسلة متصلة من التصرفات مجموعها يؤدي إلى إعساره ، وقد قصد بذلك الإضرار بالدائن ، ففي هذه الحالة يجوز للدائن أن يطعن في هذه التصرفات كلها ولا يجتزىء بالتصرف الأخير الذي سبب مباشرة إعسار المدين^(٢) .

وإذا كان المدين معسراً من بادئ الأمر ، ثم تصرف تصرفاً بعوض كاف بحيث لم يكن هذا التصرف سبباً في زيادة إعساره ، فإن التصرف لا يكون قابلاً للطعن فيه بالدعوى البوليصية^(٣) .

٥٨٧ - اثبات الإعسار : وقد وضع التقنين المدني الجديد قرينة قانونية تيسر على الدائن إثبات إعسار المدين . فإذا ادعى الدائن إعسار المدين ، فليس عليه ، كما تقول المادة ٢٣٩ وقد تقدم ذكرها ، إلا أن يثبت ما في ذمته من ديون . وعند ذلك تقوم قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على أن المدين معسر ، وينتقل عبء الإثبات بفضل هذه القرينة إلى المدين ، وعليه هو أن يثبت أنه غير معسر ، ويكون ذلك باثبات أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها ، فإن لم يستطع إثبات ذلك اعتبر معسراً .

٥٨٨ - الإعسار في الدعوى البوليصية وما ينطوي عليه من مروت :
والإعسار في الدعوى البوليصية ، كالإعسار في الدعوى غير المباشرة ، المقصود به هو الإعسار الفعلي بأن تزيد ديون المدين على حقوقه^(٤) ، لا الإعسار

(١) انظر : نقض مدني ٢٦ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٥ ص ٣٨٣ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤ — ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ جازيت ١٩ رقم ٢٦٣ ص ٢٦٥ — ديمولوب ٢٥ فقرة ١٧٨ — لوران ١٦ فقرة ٤٣٥ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٥٠ — والتون ٢ ص ١٠٩ — ص ١١٠ .

(٣) قارب نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦٧ ص ٦٩٩ .

(٤) قارن الأستاذ اسماعيل غانم فقرة ١١١ ، ويذهب إلى أن العبرة بالديون المستحقة الأداء كما في حالة شهر الإعسار .

القانونى الذى يستلزم حكماً بشهره بشروط وإجراءات معينة .

وللإعسار فى الدعوى البولصية ، فوق ذلك ، معنى عملى ينطوى على كثير من المرونة .

فاذا طوّل المدين باثبات أن له مالا يساوى قيمة ديونه ، وجب عليه أن يدل على أموال ظاهرة لا يتعذر التنفيذ عليها ، وإلا اعتبر معسراً^(١) ، ومن هذا يتبين كيف أن التصرف الصادر من المدين قد يكون معاوضة ، ومع ذلك يسبب إعساره . ويكفى لتحقيق ذلك أن يكون المدين قد باع عيناً مملوكة له بثمن بنحس ، أو باعها بثمن معادل لقيمتها ولكنه أخفى النقود أو بددها بحيث يتعذر على الدائن التنفيذ عليه بحقه^(٢) .

وإذا فرض أن حق الدائن يتركز فى عين مملوكة للمدين ، كما إذا كان موعوداً ببيع عين أو كان دائئاً فى وعد برهن أو كان دائئاً مرتهناً ، ثم باع المدين العين الموعود ببيعها أو الموعود برهنها إلى شخص آخر لإضراراً بحق الدائن^(٣) ، أو باع العين المرهونة قبل أن يشهر الدائن الرهن بحيث لا يتمكن من تتبع العين أو بعد شهر الرهن ولكن الدائن لا يريد تتبع العين حتى لا يضطر إلى تحمل إجراءات التطهير ، ففى مثل هذه الأحوال يعتبر المدين فى حالة إعسار بالمعنى المقصود فى الدعوى البولصية مادام الدائن لا يستطيع أن يصل إلى العين ذاتها الذى تركز فيها حقه ، حتى لو كان عند المدين أموال كافية تفى بتعويض الدائن بعد فوات العين . ومن ثم يجوز للدائن الطعن بالدعوى البولصية فى تصرف المدين فى العين الموعود ببيعها أو برهنها أو تصرفه فى العين المرهونة ، فيتمكن بذلك من رد العين إلى ملك المدين بالنسبة إلى حقه وينفذ بهذا الحق عليها^(٤) .

(١) استئناف مختلط ١٥ ماي سنة ١٩١٥ م ٢٦ ص ٣٢٨ — ديمولومب ٢٥ فقرة ١٨٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٨ .

(٢) استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٠٤ .

(٣) ديموج ٧ فقرة ١١٢٦ .

(٤) لوران ٢٤ فقرة ١٦ — جروبييه فقرة ٢٦٣ وما بعدها — ريبير فى القاعدة الخلفية فى الالتزامات فقرة ١٧٠ — فقرة ١٧١ — ديموج ٧ فقرة ١٠٨٠ وما بعدها — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٧ — فقرة ٩٣٨ — دالوز أنسيكلويدى ١ لفظ (action paulienne) فقرة ١٥ — فقرة ١٧ — دى هلتس ١ فى الدعوى البولصية فقر ٤٨ . =

٥٨٩ - وجوب بقاء الاعسار إلى وقت رفع الدعوى - تحرير

المدين : ويجب أن يبقى المدين معسراً إلى وقت رفع الدعوى البولصية ، فلو

= ويترب على ما تقدم أنه إذا باع شخص عقاراً ولم يسجل المشتري ، ثم باعه ثانية من مشتر آخر ، وبادر المشتري الثاني إلى التسجيل متواطئاً مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول ، أمكن لهذا الأخير أن يظعن في البيع الثاني بالدعوى البولصية ، إذ أن حقه قد تركز في العقار المبيع . وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأنه إذا تبين أن البائع باع الصفقة مرة ثانية بطريق التدليس ، وكان المشتري الثاني على علم بذلك واشترك في التدليس ، بطل البيع الثاني ، وغير معقول القول بأن قانون التسجيل أبطل مفعول المادة ٢٧٠ مدني (قديم) ، إذ القول بذلك معناه أن قانون التسجيل أراد بنصوصه أن يهدم مبدأ أساسياً في التشريع وهو أن الحقوق يجب أن يكون مبناهما حسن النية ، وهذا ما لا يمكن التسليم به (١٧ يونيو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٧١ ص ٥٦٩ . وانظر أيضاً : استئناف أهلى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٢/٩٩ - استئناف مصر ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٥٠ ص ٧٥ - ٢٧ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩٩ ص ٦٣٤ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩٥ ص ١٠٩٢ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٠ ص ٢٨٩ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٢ ص ٢٩٢ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٤ ص ٣٠٢ - استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٠٩ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٤ ص ١١٠) . ولكن محكمة النقض ذهبت إلى العكس من ذلك ، وقضت بأن التواطؤ لا يفسد التسجيل ، وبأنه ما لم يحصل التسجيل فإن الملكية تبقى على ذمة المتصرف حتى ينقلها التسجيل ذاته إلى المتصرف إليه ، ولا يكون للمتصرف إليه في الفترة التي تسمى من تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل في الملكية دون أى حق فيها . وفي تلك الفترة إذا تصرف المتصرف لشخص آخر ، فإنه يتصرف فيما يملكه ملكاً تاماً ، فإذا بادر هذا الشخص الآخر إلى تسجيل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف إليه الأول ، فقد خلصت له - بمجرد تسجيله - تلك الملكية العينية التي لم يتعلق بها حق ما للأول ، حتى ولو كان المتصرف والمتصرف إليه الثاني سيئ النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف إليه من الصفقة . وإذن فلا يقبل من أى إنسان لم يكن عقده مسجلاً ناقلاً للملك فعلاً إليه أن ينازع من آل إليه نفس العقار وسجل عقده من قبله ، مدعياً أن له حقاً عينياً على العقار يحتج به عليه ، كما أنه لا يقبل مطلقاً الاحتجاج على صاحب العقد المسجل الذي انتقلت إليه الملكية فعلاً بتسجيله لا بسوء نية المتصرف ولا بالتواطؤ (نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥ . وانظر أيضاً في هذا المعنى : نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣ ص ١١٣ - ٢٧ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٦ ص ٧٠٧ - ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٦ ص ١١٣٨ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٨ ص ١٧٦ - ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩١ ص ٥٧٢ - استئناف مصر ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٥٣ ص ٣٠٥ - ١٩ فبراير =

أن تصرفه سبب إعساره أو زاد في إعساره ، ثم انقلب بعد ذلك موسراً لزيادة

= سنة ١٩٣٠ المحامة ١١ رقم ١٤١ ص ٢٥٤ — ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحامة ١٠ رقم ٣٥٤ ص ٧١٣ — استئناف أسيوط ٤ يناير سنة ١٩٤٩ المحامة ٢٨ رقم ٤٢٩ ص ١٠٤٨ — وقارن نقض مدني ٧ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٨ ص ١١٠٣ .

على أنه يلاحظ ، لو فرضنا جدلاً أنه لا يمكن تخريج مثل هذه الأحوال على حكم الدعوى البولصية ، إمكان الوصول إلى نفس النتيجة العملية بتطبيق قاعدة أعم هي القاعدة التي تقضى بأن الغش يفسد العقود (fraus omnia corrumpit) ، وما الدعوى البولصية ذاتها إلا تطبيق لهذه القاعدة العامة (ديموج ٧ فقرة ١١٢٧ — قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٨) .

وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بإمكان الطعن في العقد المسجل بالدعوى البولصية ، ولكن ليصل المشتري الأول إلى استرداد الثمن الذي دفعه والحصول على التعويضات التي يستحقها دون أن يسترد العقار ذاته ليسجل عليه حقه . فقررت هذه المحكمة أنه يجوز للمتصرف إليه الأول بعقد غير مسجل أن يرفع دعوى إبطال العقد الثاني المسجل ، إذا توافرت شرائط دعوى إبطال التصرفات ، على اعتبار أنه دائن عادي من حقه أن يبطل التصرف المفقّر لمدينه ليستطيع استرداد الثمن الذي دفعه والحصول على التعويضات التي يستحقها ، على أنه يلاحظ أن الغرض من هذه الدعوى لا يمكن أن يكون بطلان التصرف الثاني ليحل محله التصرف الأول غير المسجل ، فإن الدعوى إذا كانت تهدف إلى هذا الغرض تعتبر تحايلاً على مخالفة قانون التسجيل ، فضلاً عن أن الدعوى البولصية في الواقع لا تهدف إلى بطلان التصرف ، وإنما تهدف إلى الحد من سريانه في حق الدائن الذي يتضرر من أثر التصرف في مال مدينه ، فإذا وجد في هذا المال ما ينقّ بدينه زالت الحكمة فيها وأصبحت غير مقبولة ، وهي ليست خاصة بدائن واحد بل يستطيع جميع الدائنين العاديين أن يشتركوا فيها وأن يتقاسموا المال الذي يرجع إلى مدينهم (٣ يونه سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢ ص ٤٧) .

ومهما يكن من أمر ، فإنه إذا طعن المشتري الأول الذي لم يسجل عقده في العقد المسجل للمشتري الثاني بالصورية — لا بالدعوى البولصية — فعند ذلك يقدم المشتري الأول وهو لم يسجل عقده على المشتري الثاني الذي سجل عقده (نقض مدني ٦ يونه سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩١ ص ١٨٨ . وانظر أيضاً : نقض مدني ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ ص ٤٠٥ — ٣ يونه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٧ ص ١٨٣ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمي في ص ١٩٤ — ص ١٩٥ — ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٣٤ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٣ — استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣/١٢٦) . وقد قضت محكمة النقض أخيراً بأنه لا تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقد شرائه ، ولا يحول دون نقل الملكية — على ما جرى به قضاء هذه المحكمة — أن يكون المشتري عالماً بأن البائع له أو مورثه سبق أن تصرف في المبيع ذاته لمشتري آخر لم يسجل عقده ، ما لم يثبت أن عقد المشتري الثاني المسجل هو عقد صوري ، ولا ينتج في إثبات هذه الصورية مجرد علم هذا المشتري وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل الوارد على ذات المبيع (نقض مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام =

طرات في ماله ، كما إذا كان قد تلقى ميراثاً أو وصية أو عقد صفقة رابحة ، فلا يجوز للدائن أن يطعن في تصرف المدين إذ لم تعد له مصلحة في ذلك^(١) .

والدعوى البوليصة دعوى تكميلية (subsidaire) لا تعطى للدائن إلا بعد أن يجرّد أموال المدين ، أى إلا بعد أن يثبت أن ليس للمدين مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه غير الحق الذى تصرف فيه . ويجوز لمن تصرف له المدين أن يدفع بالتجريد^(٢) . ولكن التجريد هنا غير التجريد في الكفالة . ففي الكفالة إذا لم يطلب الكفيل التجريد في أول الدعوى سقط حقه ، وإذا طلبه فعليه أن يدل الدائن على مال للمدين يستطيع الرجوع عليه فيه وأن يقدم المصروفات اللازمة لهذا الرجوع . أما في الدعوى البوليصة فيجوز لمن تلقى الحق عن المدين أن يطلب تجريد المدين في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولا يطلب منه أن يدل الدائن على مال للمدين^(٣) ، ولا أن يقدم له مصروفات التجريد ، بل على الدائن أن يثبت إعسار المدين على الوجه الذى قدمناه^(٤) ، ومن ثم فالمدين هو الذى يدل على مال عنده يكفى لوفاء ديونه كما سبق القول .

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان تصرف المدين هو الذى سبب إعساره أو زاد في هذا الإعسار ، وما إذا كان الإعسار باقياً إلى وقت رفع الدعوى . ولا رقابة لمحكمة النقض في ذلك ، وإنما تكون لها الرقابة للتحقق من أن

= النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢ — ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦ .

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ١٧٧ — لارومبيير ٢ م ١١٦٧ فقرة ١٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥١ .

(٢) استئناف مخطوط ٦ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٣١ — بنى سويف ٢٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٨٥ ص ١٤٠ .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً ، هو المادة ٣٢٠ من هذا المشروع ، يقضى بسقوط حق الدائن في الدعوى البوليصة إذا أصبحت أموال المدين كافية للوفاء بما عليه أو أثبت من تصرف له المدين أن المدين عنده مال يكفى لهذا الوفاء . ومقتضى هذا النص أن من تصرف له المدين يطلب منه أن يدل الدائن على مال للمدين ينى بحقه . ولكن هذا النص قد حذف في لجنة المراجعة ، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، كما سنرى . ومقتضى تطبيق القواعد العامة أن الدائن هو المكلف بإثبات إعسار المدين ، فعليه هو أن يثبت على الوجه الذى بيناه أن المدين ليس عنده مال ينى بحقه ، ولا يكلف من تصرف له المدين أن يدل على مال للمدين ينى بحق الدائن .

(٤) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٤ .

هذين الأمرين قد تثبتت منهما محكمة الموضوع كشرط في الدعوى البولصية ؛ والدائن هو المكلف باثبات كل من الأمرين (١) .

المطلب الثاني

الغش والتواطؤ

(concilium fraudis)

٥٩٠ — **الغش بوجه عام** : غش المدين هو أهم الشروط في الدعوى البولصية ، بل هو العمود الفقري لهذه الدعوى التي تقوم على محاربة الغش . ويمكن تجميع شروط الدعوى البولصية كلها في شرط الغش ، فان الغش لا يتوافر في جانب المدين إلا إذا تصرف تصرفاً مفقراً يؤدي إلى إعساره للإضرار بدائن حقه ثابت قبل هذا التصرف . فلا يكفي إذن أن يكون التصرف المطعون فيه قد تسبب في إعسار المدين أو زاد في إعساره على النحو المتقدم ، بل يجب أيضاً أن يكون هذا التصرف قد صدر من المدين غشاً (٢) . وشرط الغش هذا هو الذي يدخل العنصر النفسي في الدعوى البولصية ، لأن الباعث هنا له الأثر الأكبر في نفاذ التصرف في حق الدائن أو عدم نفاذه .

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥١ ص ٦٦٠ وفقرة ٦٥٥ مكررة — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٢ ص ٧٩٠ هامش رقم ١ — هذا وقد قضت محكمة النقض بأن التقرير بأن التصرف المطعون فيه يترتب عليه ضرر بالدائن أو لا يترتب هو تقرير موضوعي . وإذن فتي كان الحكم المطعون فيه ، إذ قضى بعدم نفاذ التصرف موضوع الدعوى في حق المطعون عليهم الثلاثة الأولين ، أقام قضاءه على أن لم يفضلا عن الدين المتخذة لإجراءات التنفيذ بسببه ديناً آخر مستحق الأداء وصدر به حكم ابتدائي مشمول بالنفاذ المؤقت ، وأن القدر الذي بقي للمدين بعد تصرفه للطاعنات لا يكفي لوفاء جميع ديونه ، إذ قرر الحكم ذلك واستخلص منه إعسار المدين ، فقد استند إلى أسباب مسوغة لقضائه ولم يخطئ في تطبيق القانون ، ما دام قد تبين للمحكمة أن الدين الذي أدخلته في تقديرها لإعسار المدين هو دين جدي مستحق الأداء (نقض مدني ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨٤ ص ٤٩٦) .

(٢) استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٣٥ ص ٨٦٤ — استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ — ١٧ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٣ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ — ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ .

والغش في الدعوى البولصية (fraude) غير التدليس (dol) الذي عرفناه عيباً في الرضاء . فالتدليس يدخله في الغالب طرق احتيالية ويراد به خديعة أحد المتعاقدين ، ولذلك يكون العقد قابلاً للإبطال لمصلحة المتعاقد المخدوع . أما الغش في الدعوى البولصية فلا تصحبه طرق احتيالية ، ولا تراد به خديعة أحد المتعاقدين ، بل كثيراً ما يحدث أن يتواطأ المتعاقدان على الغش ، ولذلك يبقى العقد صحيحاً فيما بينهما ، وإنما يراد بالغش الإضرار بحقوق الدائن ، ولذلك يكون أثره عدم نفاذ العقد في حق الدائنين . والعبرة في الغش أن يكون موجوداً وقت صدور التصرف المطعون فيه (١) .

على أن الغش في الدعوى البولصية والتدليس كعيب في الرضاء إنما هما تطبيقان للنظرية العامة في الغش . والغش في العقد بنوع خاص ينطوي على صور مختلفة . فيقصد به تارة الإضرار بأحد المتعاقدين ، وهذا هو التدليس كما قدمنا . ويقصد به طوراً الإضرار بالغير ، فيحتفظ باسم الغش . والغير إما أن يكون دائماً لأحد المتعاقدين ، كما في الدعوى البولصية ودعوى الصورية . وإما أن يكون غير دائن يريد المتعاقدان إلحاق الضرر به بمحاولتهما التملص من واجب عليهما نحوه ، كعقد بيع يذكر فيه ثمن أكثر من الحقيقة لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة ، أو أقل من الحقيقة للانتقاص من الرسوم المستحقة .

وجزاء الغش في غير العقد هو التعويض . وجزاؤه في العقد يكون تارة إبطال العقد كما في التدليس عند تكوين العقد ، وطوراً يكون تعويضاً كما في التدليس عند تنفيذ العقد ، وثالثة يكون عدم نفاذ العقد في حق الغير كما في الدعوى البولصية ، ورابعة يكون رد الشيء إلى حقيقته كما في الصورية ، وهو على كل حال يوجب التعويض إذا أحدث ضرراً باعتباره في ذاته عملاً غير مشروع (٢) .

(١) استئناف مختلط ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٢٩ .

(٢) بلانيول وريبير وأسبان ٦ فقرة ٣٤٦ — فقرة ٣٥١ — ديموج ٧ فقرة ١١٢٣

وما بعدها — ريبير في القاعدة الحلقية فقرة ١٥٧ وما بعدها — جوسران في الباعث فقرة ١٧١ وما بعدها .

٥٩١ — يشترط غش المدين وعلم من صدر له التصرف بالغش

إذا كان التصرف معاوضة : وتنص الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ من التقنين المدني ، كما رأينا ، على أنه « إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منظوياً على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . ويكفي لاعتبار التصرف منظوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر » .

ويتبين من هذا النص أنه إذا كان التصرف الصادر من المدين معاوضة ، كبيع مثلاً ، وجب أن يكون منظوياً على غش من المدين . وقد توخى التقنين المدني الجديد إقامة قرائن قانونية لتيسير الإثبات الذي يحمل عبئه الدائن . فعلى الدائن أن يثبت أن المدين وقت أن صدر منه البيع كان يعلم أن هذا البيع يسبب إعساره أو يزيد في إعساره . ويستطيع الدائن أن يستخلص هذا العلم من بعض القرائن القضائية التي تقوم في الدعوى ، كما إذا كان المدين قد تصرف لولده أو لزوجته أو لأحد أقاربه الأقربين ولم يكن لمن تصرف له مال ظاهر يقوم معه احتمال جدى أنه دفع الثمن .

فاذا أثبت الدائن علم المدين بإعساره ، كان هذا قرينة قانونية على غش المدين . ولكن القرينة غير قاطعة ، فهي قابلة لإثبات العكس . ويستطيع المدين أن ينقضها بأن يثبت من جانبه أنه بالرغم من علمه بإعساره إلا أنه لم يقصد إلحاق الضرر بالدائن ، بل كان الدافع له على التصرف باعثاً آخر ، كتلبية لنداء واجب أدبي ، أو حصوله على ما يقوم بحاجات المعيشة مع وثوقه أن إعساره مؤقت لا يلبث أن يزول وإن أخلفت الأيام ظنه فبقي معسراً^(١) . وقد يتعاقد المدين تعاقدًا يؤدي إلى إعساره وهو عالم بذلك ، وإنما يقدم على التعاقد لا غشاً

(١) استئناف مخطوط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٠١ — ١٨ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٠ — ريبيير في القاعدة الخلقية فقرة ١٦٩ — جوسران ٢ فقرة ٦٨٩ — والتون ٢ ص ١١٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٧٩٨ — ص ٧٩٩ .

وإضراراً بحقوق الدائن ، بل اعتقاداً منه أن هذا التعاقد الذى أدى إلى إعساره سيكون سبباً فى ترويج أعماله وعودته إلى اليسار . ففى مثل هذه الحالة ، إذا أثبت المدين ذلك ، لا يجوز للدائن الطعن فى العقد لانعدام الغش^(١) .

ولا يكفى ، ما دام التصرف معاوضة ، أن يكون هذا التصرف منظوياً على غش من المدين على النحو المتقدم الذكر ، بل يجب أيضاً أن يكون من صدر له التصرف — المشتري مثلاً — على علم بهذا الغش . وهنا أيضاً يقيم التقنين المدنى الجديد قرينة قانونية أخرى ، فيكفى أن يثبت الدائن علم من صدر له التصرف أن هذا التصرف يسبب إعسار المدين أو يزيد فى إعساره ، حتى يعتبر من صدر له التصرف أنه على علم بغش المدين . وعلى من صدر له التصرف ، إذا أراد أن ينقض هذه القرينة ، أن يثبت أنه ، بالرغم من هذا العلم ، كان يعتقد بحسن نية أن المدين لم يكن يمتصد الإضرار بدائنيه ، كأن يكون التصرف الصادر من المدين ليس إلا تصرفاً مألوفاً تقتضيه صيانة تجارته أو زراعته أو صناعته^(٢) .

ويتبين مما تقدم أن التصرف إذا كان معاوضة وطعن فيه الدائن بالدعوى البولصية ، بدأ باثبات أن المدين قد تصرف وهو عالم بأن هذا التصرف يؤدى إلى إعساره ، وأن من صدر له التصرف يعلم ذلك أيضاً^(٣) . فاذا تمكن من هذا

(١) انظر فى هذا المعنى الأستاذ عبد السلام ذهبى فى الالتزامات فقرة ٣٤٦ .

(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد تيسير الإثبات فى الدعوى البولصية ما يأتى : «ولعل أمر الإثبات من أشق ما يصادف الدائن فى الدعوى البولصية ، سواء فى ذلك إثبات إعسار المدين أم إثبات التواطؤ بينه وبين من يخلفه . وقد وضع المشروع قاعدتين لتيسير مهمة الدائن فى هذا الصدد : (أ) فاجتزأ من الدائن فى إثبات إعسار مدينه بإقامه الدليل على مقدار ما فى ذمته من ديون . ففى أقام هذا الدليل ، كان على المدين أن يثبت أن له مالا يعادل قيمة هذه الديون على الأقل . (ب) ثم إنه جعل من مجرد علم المدين بإعساره قرينة على توافر الغش من ناحية ، واعتبر من صدر له التصرف عالماً بهذا الغش إذا كان قد علم بذلك الإعسار ... من ناحية أخرى . ويراعى أن حسن النية يفترض فيما يعقد من التصرفات العادية التى تقتضيها صيانة تجارة المدين أو زراعته أو صناعته . فمثل هذه التصرفات تقع صحيحة ، وتكون بهذه المثابة بمأمن من الطعن : انظر المادة ١١٢ من التقنين البرازيلى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢ — ص ٦٣٣) .

انظر فى هذه المسائل فى التقنين المدنى السابق نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ .

(٣) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ — ٩ فبراير سنة ١٩٣٧

م ٤٩ ص ١٠٤ — ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٠٥ .

الإثبات ، فرضنا الغش في جانب المدين وفي جانب من صدر له التصرف ، حتى يثبت أى منهما أنه لم تكن عنده نية الإضرار بالدائن . والإثبات من جانب الثلاثة يكون بجميع الطرق ، لأن المراد لإثبات واقعة مادية ، ولأن الغش يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات (١) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢ — وقد قدمنا أن إثبات علم من تصرف له المدين بإعسار المدين قد يكون بالقرائن القضائية ، كعلاقة الزوجية أو القرابة ، فإذا اقترنت هذه القرينة بقرائن أخرى تؤيدها كان هذا دليلاً على العلم بإعسار المدين (استئناف مختلف ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٥ — ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٦٠ — ١١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٧ — ١٨ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٧ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٩ — ٢٢ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٤١ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١) . انظر أيضاً : استئناف مختلف ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٢٥ (مدين باع أملاكه لأولاده وادعى أنه قبض الثمن من أمهم) — ٩ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٤ (باع المدين الأرض لقريب له يعيش معه فى بيت واحد واستمر يستغلانها معاً) — ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٦٠ (باع المدين لزوجته عقاراً ولم يتمكن الزوج من أن يثبت من أين أتت له النقود التى دفع منها الثمن ، ولم يكن فى حالة مالية تسمح باحتمال وقوع هذه الصفقة له — انظر فى هذا المعنى أيضاً : استئناف مختلف ١١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٧ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٧) — اسكندرية الكلية الأهلية أول سبتمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١/١٧٨ ص ١٥٧ (باع المدين لزوجته المقيمة معه فى معاش واحد كافة ما يمتلكه ، ثم بقيت الأعيان المباعة فى حيازة المدين بعد البيع) . ولكن مجرد قرابة المشتري والمشتري من باطنه للبائع دون قرائن أخرى لا يكتفى لإثبات سوء النية (استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٨٧ ص ٢٣٣) . ولا يكتفى كذلك مجرد علاقة الزوجية دون قرينة أخرى (استئناف أهلى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤ ص ٨ — استئناف مختلف ١٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٧ ص ٢٢٧ — ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩) .

ومن القرائن على الغش تسجيل التصرف بعد صدور الحكم بالمدين ، وسرعة التصرف من المدين لمشتري ومن هذا المشتري لمشتري آخر . ولذا يعد غير نافذ شراء شخص عقار مدين بعد صدور حكم أثبت أن فى ذمته ديناً ، وبعد أخذ الدائن لحق اختصاص ، ولا يمكن المشتري الثانى الادعاء أنه حسن النية بمجرد عدم ظهور تسجيلات ضد المشتري الأول ، لأن من عادة المشتري الكشف أيضاً ضد البائع لبائعه (استئناف أهلى ١٢ يناير سنة ١٩١١ الحقوق ٢٧ ص ١) . وحكم على زوج بدين ، وبعد صدور هذا الحكم باع منزلاً كان يملكه ، ثم بعد ذلك بأيام اشترت زوجته أرضاً فضاء وأنشأت فيها منزلاً ، فقضت المحكمة بأن هذه الظروف تكفى للحكم بأن الأرض الفضاء اشترتها الزوجة بمال المدين وأن البناء كذلك من ماله ، وإنما جعلها باسم الزوجة هروباً من الدين (استئناف أهلى ١٠ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٣٠ ص ٢١٧) . وحصول الشراء فى وقت مشتبه فيه ، وشراء الشخص لأطيان فى جهة بعيدة عنه لا يملك فيها شيئاً ولا مصلحة =

٥٩٢- لا يشترط غش المدين ولا سوء نية من تصرف له المدين

إذا كان التصرف تبرعاً : أما إذا كان التصرف الصادر من المدين تبرعاً ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٨ من التقنين المدني ، كما رأينا ، على ما يأتي : « أما إذا كان التصرف تبرعاً ، فإنه لا ينفذ في حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً » .

ويتبين من هذا النص أن المدين إذا صدر منه تبرع ، كهبة مثلاً ، فليس من الضروري أن يثبت الدائن غش المدين المتبرع أى علمه باعساره ، ومن باب أولى ليس من الضروري أن يثبت علم الموهوب له باعسار المدين . بل يكفي للنجاح في الدعوى البولصية في حالة التبرع أن يثبت الدائن أن هذا التبرع قد سبب إعسار المدين أو زاد في إعساره ، سواء كان المدين يعلم بذلك أو لا يعلم ، وسواء كان الموهوب له يعلم هو أيضاً أو لا يعلم . ويبرر هذا الحكم أن الدائن يشكو من ضرر أصابه من جراء تبرع مدينه إذا بقي هذا التبرع قائماً ، أما الموهوب له فلا يشكو إلا من فوات نفع عليه إذا أجزأنا للدائن الطعن في التبرع ، والفرق واضح بين من يتوقى ضرراً ومن يبتغى نفعاً ، فالأول أى الدائن هو الأجدر بالرعاية^(١).

= له فيها مع علمه بالظروف الحاصل فيها البيع ، كل ذلك يعد قرينة على الغش (استئناف مصر ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٢٦٧ رقم ١٤٧) . لكن مجرد علم الغير بأن المدين له دائنون ، وأنهم يطالبون بحقوقهم ، لا يكفي (والتون ٢ ص ١١٦) . وإذا كان النائب سبب سوء النية وتعامل مع مدين معسر متواطئ معه ، فذلك كاف لاستعمال الدعوى البولصية حتى لو كان الأصيل حسن النية (والتون ٢ ص ١١٧ — الوسيط جزء أول فقرة ٨٦ ص ١٩٣) .

ويجب أن يبين طالب التحقيق في الدعوى البولصية الوقائع التي يريد إثباتها للتدليل على سوء نية المشتري ، لا أن يكتفى بإظهار استعداده لإثبات سوء النية دون أن يوضح وقائع معينة (استئناف أهلى ٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٣/٣٢٧ ص ١٨٣) . ووجود التواطؤ في الدعوى البولصية مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها (نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٤١٩ ص ٨٥٠) .

(١) هالتون ١ ص ٣٤٣ - والتون ٢ ص ١١٧ - ص ١١٨ — نظرية المقدم للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٢ هامش رقم ١ .

ويلاحظ أن الموهوب له إذا كان حسن النية ، فلا يسترد منه الدائن إلا بمقدار ما اغتنى به من وراء هذا التبرع ، ويكسب الموهوب له ثمرات الشيء الموهوب ما دام قد قبضها وهو حسن =

أما في المعاوضات فالمفاضلة بين الدائن والمشتري غيرها بين الدائن والموهوب له إذ المشتري إنما يتوقى ضرراً كالدائن ، فقد دفع مقابلاً للمدين ، فإن كان حسر النية وجب أن يفضل على الدائن ما دام هذا لم يحتط لنفسه فيحصل على ضمان خاص لاستيفاء حقه ، وإن كان المشتري سيء النية فضل عليه الدائن^(١) .
وقد كان هذا هو أيضاً الحكم في التقنين المدني السابق^(٢) .

أما في فرنسا فالغش في جانب المدين شرط في الدعوى البولصية ، سواء كان التصرف المطعون فيه معاوضة أو تبرعاً^(٣) . ولكن إذا كان التصرف معاوضة ، اشترط أيضاً الغش في جانب من صدر له التصرف . أما إذا كان التصرف تبرعاً ، لم يشترط الغش في جانب من صدر له التبرع ، ويكفى غش المدين .

= النية وفقاً للقواعد العامة (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٨ — هيك ٧ فقرة ٢٢١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦١ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٢ هامش رقم ١) .
(١) انظر المادة ٢٣٠ من التقنين التجاري وانظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٢ هامش رقم ٢ وأحكام القضاء المصري والفرنسي المشار إليهما في هذا المرجع .
(٢) انظر مناقشة مواد التقنين المدني السابق ، في نصوصها العربية والفرنسية ، لاستخلاص التمييز بين المعاوضة حيث يشترط غش المدين والتبرع حيث لا يشترط هذا الغش ، وأخذ الفقه والقضاء بهذا التمييز في عهد التقنين المدني السابق : نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٠ هامش رقم ٢ . وانظر في تأكيد هذا المعنى : نقض مدني ٢٧ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٩ ص ١٦٩ — ومع ذلك قارن : استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٦ .
(٣) وقد كان هناك رأي في فرنسا يذهب إلى أن التبرع لا يشترط فيه الغش في جانب المدين ، لأن التبرع في ذاته قرينة على الغش (ديفرجيه على تولىيه ٣ فقرة ٣٥٤ هامش رقم ١ — أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢٠٢) .

ويستند أصحاب هذا الرأي بوجه خاص إلى أن التقنين المدني الفرنسي ذكر ثلاث أحوال يتنازل فيها المدين عن حقه دون مقابل ، فيسمح للدائن بالظعن في هذا التنازل دون أن يشترط سوء نية المدين ، بل اقتصر النص على اشتراط وجود ضرر للدائن من هذا التنازل . وهذه الأحوال هي : (أ) المادة ٦٢٢ مدني فرنسي المتعلقة بتنازل المدين عن حق الانتفاع . (ب) المادة ٧٨٨ مدني فرنسي المتعلقة بتنازل الوارث عن الميراث . (ج) المادة ١٠٥٣ مدني فرنسي المتعلقة بتنازل الموهوب له عن الهبة لمن يحل بعده فيها . وقد استخلصوا من ذلك ، ومن أن مشروع التقنين المدني الفرنسي كان يتضمن نصاً يشترط الغش في هذه الأحوال ثم حذف ، أن تنازل المدين عن حقه دون مقابل يجوز فيه الظعن حتى لو لم يوجد هناك غش في جانب المدين ، مادام هذا التنازل صاراً بحقوق الدائن . ثم عمموا هذه القاعدة فجعلوها تشمل جميع التبرعات ، سواء كانت في صورة =

٥٩٣ — خلف الخلف : وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٣٨ من التقنين المدني ، كما رأينا ، على أنه « إذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بعرض ، أو كان هذا الخلف الثاني يعلم إغسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعا » .

ويستخلص من هذا النص أن هناك فرضين يجب التمييز بينهما :

(الفرض الأول) أن الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه لخلف ثان تبرعا . ففي هذا الفرض لا يشترط سوء نية الخلف الثاني ، لأنه إنما يبتغى نفعاً ولا يتوقى ضرراً كما قدمنا . فإذا كان الخلف الأول قد تلقى التصرف هو الآخر تبرعا ، فلا تشترط سوء نيته ولا غش المدين كما سبق القول . أما إذا كان الخلف الأول قد تلقى التصرف معاوضة ، فيشترط إثبات غش كل من المدين وهذا الخلف الأول على النحو الذي قدمناه .

(الفرض الثاني) أن الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه لخلف ثان معاوضة ، وهذا هو الفرض الذي ورد فيه النص المتقدم الذكر .

= تنازل أو في أية صورة أخرى . وهناك من الفقهاء من يقصر القاعدة على التنازل دون غيره من التبرعات (ديرانتون ١٠ فقرة ٥٧٨ — كوليه دي سانتير ٥ فقرة ٨٢ مكررة — فيجيه ٢ فقرة ١٢٥٠) .

ولكن هذا الرأي لم يسد لا في الفقه ولا في القضاء (ديمولومب ٢٥ فقرة ١٩٢ — لوران ١٦ فقرة ٤٤٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٨ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣١ — ديموج ٨ فقرة ١٠٣٣ ص ٤٠٩ — نقض فرنسي ٢١ ديسمبر سنة ١٨٥٩ داللو ٦١ — ١ — ٢١٥ — ١١ نوفمبر سنة ١٨٧٨ سيريه ٨٠ — ١ — ٢٨) . والرأي السائد هو اشتراط غش المدين حتى في التبرعات . ويرد أنصار هذا الرأي على أنصار الرأي الأول بأنه إذا كان المشرع الفرنسي قد أغفل شرط الغش في الأحوال الثلاث التي أشير إليها ، فحذفه بعد ذكره ، فلا أنه لم يكن قد اتخذ لنفسه موقفاً في هذه المسألة . فإذا ما وصل إلى المادة ١١٦٧ — وهي النص الأساسي في الموضوع — نراه اتخذ موقفاً واضحاً إذ اشترط الغش بعبارة مطلقة ، ولم يميز بين المعاوضة والتبرع ، أو بين التنازل وغيره . ثم لما عرضت له حالة من أحوال التنازل بعد أن أورد المادة ١١٦٧ — وهي حالة تنازل الزوجة عن حقها في الروكية (م ١٤٦٤) — إذا به يشترط صراحة فيها الغش (بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣١) .

(م ٦٦ الوسيط — ج ٢)

فان كان المدين قد تصرف معاوضة أيضا للخلف الأول ، فلا يكفي أن يثبت الدائن غش كل من المدين والخلف الأول ، بل يجب أيضا أن يثبت غش الخلف الثاني ، فيثبت أن الخلف الثاني علم أمرين : (١) غش المدين (٢) وعلم الخلف الأول بغش المدين (١) . وفي هذا الحكم تخرج الدعوى البولصية على القواعد العامة . فقد كان مقتضى تطبيق هذه القواعد أنه متى أمكن النجاح في الدعوى البولصية بالنسبة إلى الخلف الأول ، انتزع الشيء من يد الخلف الثاني دون حاجة إلى إثبات سوء نيته ، لأنه لم يكن في وسع الخلف الأول أن ينقل إلى الخلف الثاني أكثر مما له (٢) . ولكن المبررات التي قامت لحماية الخلف الأول وتفضيله

(١) وذلك « حتى لا يكون عقد الخلف الثاني معرضاً للطعن فيه إلا إذا كان الخلف الثاني عالماً بعيب التصرف الأول من جهة المدين ومن جهة الخلف الأول » (أنظر تاريخ نص المادة ٢٣٨ آنفاً فقرة ٥٦٩ في الهامش) .

انظر : استئناف أهلى ١٤ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٥٧ ص ٢٤٤ - بنى سوييف الكلية ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٣١ - مصر الكلية الأهلية ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٢١ ص ٤٣ - استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ .

ولكن إذا باع المشتري العين بعد أن رفعت عليه الدعوى البولصية وصدر الحكم فيها وسجل ، فلا ضرورة لإثبات سوء نية المشتري الثاني (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٠ - ٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٥ - ٣ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٧) . ويلاحظ أنه قد يتواطأ المدين مع آخر ، ولكن بدلا من أن يبيع له العين مباشرة ، يبيعها لشخص حسن النية ، وهذا الشخص يبيعها للمتواطئ مع المدين ، ففي هذه الحالة يكفي تواطؤ المدين مع المشتري من المشتري وإن كان المشتري الأول حسن النية (ديمولومب ٢٥ فقرة ١٩٩ - أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢٠٥ وهامش رقم ٢٣ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦٧ ص ٦٧٨ هامش رقم ٢) .

(٢) فالقواعد العامة كانت تقضى إذن بالاعتصار على اشتراط الغش في جانب المدين والمشتري دون المشتري من المشتري ، وقد ذهب في فرنسا بعض الفقهاء والمحاكم إلى هذا الرأي (لوران ١٦ فقرة ٤٦٥ - فقرة ٤٦٦ - ديفرچيه على تولىيه ٣ فقرة ٢٥٢ ص ٢٢٧ هامش رقم ١ - محكمة استئناف أميان ٢٦ مارس سنة ١٨٢٥ سيريه ٢٥ - ٢ - ٤١٧ - محكمة استئناف ليون ٢٣ يناير سنة ١٨٦٣ دالوز ٦٦ - ١ - ١٦٥) . ولكن جمهور الفقهاء والمحاكم نزلوا عند تقاليد الدعوى البولصية ، وكان القانون الرومانى يشترط غش المشتري من المشتري (ديرانتون ١٠ فقرة ٥٨٢ - فقرة ٥٨٣ - ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٠٠ - هيك ٧ فقرة ٢٢٣ - ماركاويه ٤ فقرة ٤٩٩ مكررة - لارومبيير ٢ م ١١٦٧ ص ٤٦ - أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢٠٥ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ =

على الدائن إذا كان حسن النية تقوم هي نفسها لحماية الخلف الثاني وتفضيله على الدائن إذا كان هو — دون الخلف الأول — حسن النية (١).

أما إذا كان المدين قد تصرف تبرعاً للخلف الأول ، فقد قدمنا أن الدائن ليس مكلفاً بإثبات سوء نية المدين ولا سوء نية الخلف الأول . ولكن مادام الخلف الأول قد تصرف معاوضة للخلف الثاني ، فانه يجب على الدائن أن يثبت ، حتى ينجح في الدعوى البولصية قبله . علم هذا الخلف الثاني باعسار المدين . فاذا كان الخلف الثاني حسن النية ، فانه يفضل على الدائن ، لأنه دفع مقابلاً فهو يتوقى ضرراً كالدائن كما تقدم القول (٢) .

= فقرة ٩٥٩ — نقض فرنسي ٢٤ مارس سنة ١٨٣٠ سيريه ٣٠ — ١ — ٢٥٢ — ٢ فبراير سنة ١٨٥٢ دالوز ٥٢ — ١ — (٤٩) .

وفي مصر نزل الفقه والقضاء على تقاليد الدعوى البولصية واشترط الغش في جانب المشتري من المشتري : دى هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٢٩ — هالتون ١ ص ٣٤٤ — ص ٣٤٥ — والتون ٢ ص ١٢١ — ص ١٢٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٧ — استئناف أهلى ١٤ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢٤٤ — بنى سوف ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٣١ — استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٠ . أنظر عكس ذلك في عهد التقنين المدنى السابق : استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩٢ ، وتعليق الأستاذ جبريل بسطوروس في التعليقات على التقنين المدنى المختلط م ٢٠٤ ص ٤٠٦ هامش رقم ١ . وانظر دفاعاً طيباً عن القاعدة التقليدية في دى هلتس ١ الدعوى البولصية فقرة ٣٠ — هذا وقد نص التقنين المدنى الجديد (م ٢٣٨) على القاعدة التقليدية صراحة كما رأينا ، فأصبح لهذه القاعدة سند تشريعى ، ولم تعد بذلك محلاً للخلاف (انظر في كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٧ هامش رقم ١) .

(١) وإذا فرض أن المدين باع عقاراً ، وأثبت الدائن الغش في جانبه وجانب المشتري معاً ، ولكن شفعياً أخذ هذا العقار بالشفعة ، فهل يجب على الدائن أن يثبت غش الشفع كذا ؟ إذا اعتبرنا أن الشفع تلقى الحق عن المشتري ، فإنه يجب إثباته غشه أيضاً . ولكن من القواعد المقررة في الشفعة أن الشفع يتلقى الحق عن البائع مباشرة ولا يتلقاه عن المشتري ، فلما إذن في صدد مشتركان من المشتري الأول . لذلك لا نرى اشتراط غش الشفع — وهو يكاد يكون مستحيلاً عملاً — ويكفى غش المشتري . والأولى إن يقال إن البيع الذى كان سبباً في الأخذ بالشفعة لا ينفذ أثره بالنسبة إلى الدائن ، فلا تنفذ الشفعة في حقه ، وتبقى قائمة ما بين البائع والمشتري والشفيع . ومن ثم ينفذ الدائنون بحقوقهم على العقار المشفوع فيه ، ويجوز للشفيع بعد ذلك أن يستبقى في يده ما عسى أن يبقى من العقار ويرجع بضمان الاستحقاق الجزئى على البائع (نظرية للعقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٢ هامش رقم ٢) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٢ =

ويلاحظ أن الدائن ، في هذا الفرض الثاني وفي حالتيه ، قد ينجح في الدعوى البولصية في مواجهة الخلف الأول دون الخلف الثاني . وعند ذلك يعتبر تصرف المدين للخلف الأول غير نافذ في حق الدائن ، أما تصرف الخلف الأول للخلف الثاني فنافذ ، ومن ثم يستطيع الدائن التنفيذ بحقه على العوض الذي التزم به الخلف الثاني للخلف الأول ، ويشاركه في ذلك — إلى جانب سائر دائني المدين — جميع دائني الخلف الأول مشاركة الغرماء^(١) .

٥٩٤ — التمييز بين المعاوضات والتبرعات : ولما كان التمييز بين

المعاوضات والتبرعات له أهمية كبرى في الدعوى البولصية لما قدمناه ، فإننا نستعرض هنا بعض حالات يصدق فيها هذا التمييز :

(١) عقود المعاوضة إذا انطوت على غبن فاحش ، كما لو باع المدين عيناً بربع ثمنها ، قد تبدو أنها من قبيل التبرع . ولكن الصحيح أنها تبقى عقود

= ويلاحظ أن هذه الحالة من الفرض الثاني صعبة التصور عملاً ، فإدام الموهوب له حسن النية ، فيعده أن يكون المشتري من الموهوب له سوء النية . ومع ذلك تتحقق هذه الحالة في فرنسا في المهر (dot) ، فقديهب أب مصر لابنته مهراً وهي حسنة النية لا تعلم بإعسار أبيها ، وتعطي البنت المهر لزوجها وهو سوء النية متواطئ مع الأب . ولا تتحقق هذه الحالة عملاً في مصر إلا إذا كان كل من المدين والموهوب له سوء النية ، فعندئذ إما أن يكون المشتري من الموهوب له حسن النية فلا يجوز للدائن رفع الدعوى البولصية ، وإما أن يكون سوء النية فيجوز للدائن ذلك (دئ هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٣٨ — فقرة ٣٩) .

(١) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ — وقد قيل في الاعتراض على القاعدة التقليدية إنها تيسر سبيل التهرب من الدعوى البولصية ، ويكفي لذلك أن يبادر المشتري المتواطئ مع المدين إلى بيع العين لمشتري ثان حسن النية ، فيعجز الدائن عن رفع الدعوى البولصية على المشتري من المشتري (بودري وبارد ١ فقرة ٦٦٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٩) . وما قدمناه يصلح رداً على هذا الاعتراض ، فإن الدائن في هذه الحالة يستطيع رفع الدعوى البولصية على المدين والمشتري ، ويجب أن يرد المشتري الثمن الذي أخذه من المشتري الثاني — أو قيمة العين إن كانت أكبر من الثمن — لينفذ عليه الدائن بحقه . وكذلك الأمر لو وهب المدين العين ثم باعها الموهوب له لمشتري حسن النية ، فإن الدائن يرفع الدعوى البولصية على المدين والموهوب له ولو كان كل منهما حسن النية ، دون المشتري من الموهوب له إذ هو حسن النية ، وينفذ بحقه على الثمن الذي دفعه المشتري للموهوب له (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ — وانظر في القانون الفرنسي ، مع ملاحظة اشتراط سوء نية المدين دون الموهوب له ، بودري وبارد ١ فقرة ٦٦٨) .

معاوضة ، ويشترط فيها الغش ، ما لم يكن الثمن تافهاً غير جدى فيكون القعد تبرعاً لا يشترط فيه الغش . أما إذا كان الثمن جدياً ولكن انطوى على غبن فاحش ، فقد يقوم هذا الغبن الفاحش ذاته قرينة على الغش^(١) .

(٢) يعتبر الإقراض دون فائدة تبرعاً ، أما الإقراض بفائدة فيعتبر معاوضة .

(٣) هناك عقود تكون تبرعاً من ناحية أحد المتعاقدين ، ومعاوضة من ناحية المتعاقد الآخر . مثل ذلك الكفالة ، شخصية كانت أو عينية ، فهي تبرع من جهة الكفيل إذا لم يأخذ عوضاً لامن المدين ولا من الدائن ، وهي معاوضة من جهة الدائن . والعبرة في هذه الحالة بجانب المعاوضة ، فإذا رفع دائن الكفيل الدعوى البولصية للطعن في عقد الكفالة — وهو عقد يزيد في التزامات الكفيل الشخصى وينتقص من حقوق الكفيل العيى — وجب عليه أن يثبت غش كل من الكفيل والدائن .

(٤) هناك عقود ليست تبرعات خالصة ، بل يدخل فيها عنصر المعاوضة . مثل ذلك هبة تصدر من شخص اعترافاً بجميل أسداه إليه الموهوب له (donation rémunératoire) ، فهذه الهبة هي في حقيقتها معاوضة قل أن تدخلها نية الغش ، فلا يجوز الطعن فيها بالدعوى البولصية . على أننا لو فرضنا أن المدين كان مدفوعاً في هبته ، إلى جانب الاعتراف بالجميل ، بنية الإضرار بدائنيه فبالغ في قيمة الهبة ، فانه يجوز الطعن في التصرف بالدعوى البولصية ، ولكن يشترط هنا إثبات الغش . مثل ذلك أيضاً الهبة بعوض ، فانه يجب اعتبار العقد معاوضة لاسيما إذا التزم الموهوب له بدفع العوض للغير ، ومن ثم يجب لاستعمال الدعوى البولصية إثبات الغش^(٢) . ومثل ذلك أخيراً عقد المهر في القانون الفرنسى ، فان القضاء في فرنسا يعتبره عقد معاوضة فيستلزم إثبات الغش في جانب المدين الذى قدم المهر وفي جانب كل من الزوجين^(٣) ، أما الفقه الفرنسى فيعتبره تبرعاً يكفى فيه — في القانون الفرنسى — إثبات غش المدين الذى قدم المهر^(٤) . وفي الشريعة الإسلامية المهر مبلغ من المال يعطيه

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٦ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣١ .

(٣) نقض فرنسى ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١١ — ١ — ٥٠٠ .

(٤) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٧١ — فقرة ٦٨٠ .

الزوج لزوجته ، وفيه معنى المقابل لحل الاستمتاع ، ولذلك يسقط نصف المهر بعدم الدخول . ومن هذا نرى اعتبار المهر معاوضة ، فيجب على دائن الزوج أن يثبت تواطؤ الزوج مع زوجته على الزيادة في مهرها زيادة فاحشة بقصد الإضرار بحقوق الدائن . أما الهدايا التي يقدمها الخطيب لخطيبته والزوج لزوجته فنرى اعتبارها من قبيل التبرعات ، فلا يشترط فيها إثبات الغش . وأما ما قد يقدمه والد الزوجة أو أحد أقاربها من المعونة المالية لتجهيزها فيمكن أن يعد وفاء لا التزام طبيعي ، لا يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية إلا إذا ثبت الغش بأن جاوزت المعونة الحد المألوف وزاد الجهاز على جهاز المثل^(١) .

المبحث الرابع

التقادم في الدعوى البولصية

٥٩٥ - تقادم الدعوى البولصية في التقنين المدني السابع وفي

التقنين المدني الفرنسي : لم يكن هناك نص خاص في التقنين المدني السابق في صدد تقادم الدعوى البولصية . لذلك لم يكن هناك خلاف في تقادم هذه الدعوى

(١) انظر في كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٨ هامش رقم ١ — وانظر في المهر من حيث إنه معاوضة أو تبرع في القانون الفرنسي ديموج ٧ فقرة ١٠٣٨ — فقرة ١٠٤٣ مكررة . وانظر : استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٣٠ م ٣٢ ص ٢٤٥ — ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٣٢ ص ٢٨٧ — وانظر أيضاً المادة ٢٢٩ من التقنين التجاري .
الدعوى البولصية في القانون التجاري : والدعوى البولصية في القانون التجاري لها صورتان : (١) صورة مماثلة لصورتها في القانون المدني ، وتنص عليها المادتان ٢٢٩—٢٣٠ من التقنين التجاري ، وهي نصوص تتفق في جوهرها مع نصوص التقنين المدني الجديد ، وتفوق في الدقة نصوص التقنين المدني السابق (انظر : نقض مدني ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٢ ص ٤٩ — استئناف مختلط ١٤ يونيو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٢٥) .
(٢) وصورة أخرى مقصورة على تصرفات التاجر المفلس منذ شهر إفلاسه وقبل ذلك بقليل ، وتنص عليها المادتان ٢٢٧—٢٢٨ من التقنين التجاري . والذي يميز هذه الصورة الأخرى أن القانون فيها يفترض الغش في جانب المدين ، فلا يكلف الدائنين ولا السنديك بإثباته ، ولا يسمح للمدين بنفيه عنه ، ما دام التصرف قد صدر من المدين في وقت غير سابق على تاريخ توقيفه عن الدفع بأكثر من عشرة أيام (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٧٩٧ هامش رقم ١) .

بخمس عشرة سنة ، شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى التي لم يرد في أمر تقادها
نص خاص (١) . وكانت المدة تسرى من وقت صدور التصرف من المدين
لا من وقت علم الدائن بالتصرف ، لأن سبب الدعوى قد وجد منذ صدور
التصرف (٢) .

ولا يوجد كذلك في التقنين المدني الفرنسي نص خاص بتقادم الدعوى
البولصية . وجمهور الفقهاء في فرنسا ، سواء منهم من كيف الدعوى بأنها دعوى
تعويض ومن كيفها بأنها دعوى بطلان ، يقولون بأن الدعوى البولصية تسقط
كسائر الدعاوى بثلاثين سنة ، لا بعشر سنوات وهي المدة التي تسقط بانقضائها
دعاوى البطلان في القانون الفرنسي (٣) .

(١) استئناف أهلى ٢٥ يولييه سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٦٢/٣ ص ٤٨٣ (ويقرر الحكم
أن الوقف له حق التمسك بسقوط الدعوى بالتقادم باعتباره شخصا أدبيا ، وذلك في حالة
الوقف لإضرار بالدائنين) — دى هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٥٤ — والتون ٢ ص ١٦٢
— الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات فقرة ٣٦٠ — مذكرات الأستاذ محمد صادق فهمي
فقرة ٥١٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٠ .

(٢) دى هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٥٥ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٠ —
وانظر : ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٤٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٠ .

(٣) لوران ١٦ فقرة ٤٦٧ — فقرة ٤٦٩ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٤٠ — فقرة ٢٤٤ —
هيك ٧ فقرة ٢٢٩ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢١٥ — ص ٢١٦ — بودرى وبارد ١
فقرة ٧٢٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٦ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢
فقرة ٤٥٤ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٥ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٤٤٤ —
جروبييه فقرة ٢٥٩ — ديموج ٧ فقرة ١١٠٩ — وقد ذكرنا أن الفقهاء الذين يذهبون إلى أن
الدعوى البولصية دعوى بطلان يجعلونها مع ذلك تسقط بثلاثين سنة لا بعشر سنوات ، ويعلل
الأستاذان بودرى وبارد ذلك بأن سقوط دعوى البطلان بعشر سنوات مبنى على إجازة ضمنية .
والإجازة الضمنية لا تتصور في الدعوى البولصية (بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٦ ص ٧٤٧ .
وهامش رقم ٢) . ولا نرى هذا التعليل وجيها ، فإن للدائن أن يتنازل عن الدعوى البولصية ،
إذ ليست هذه الدعوى من النظام العام ، ولم تتقرر إلا لمصلحة الدائن ، ولا يخفى أن تنازل الدائن
عن الدعوى إنما هو بمثابة إجازة ضمنية لتصرف المدين . والأدق أن يقال إن الدائن ، وهو من
الغير ، يقر التصرف (ratifier) لا يجيزه (confirmer) (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٠ ص ٨١٤
هامش رقم ١) .

على أن هناك من الفقهاء الفرنسيين من يتقيد بمنطق البطلان فيجعل الدعوى تسقط بعشر سنوات
(ديرانتون ١٠ فقرة ٥٨٥) . وفي تقنين الموجبات والعقود اللباني (الفقرة الأخيرة من المادة
٢٧٨) تسقط الدعوى البولصية بعشر سنوات .

٥٩٦- تقادم الدعوى البولصية في التقنين المدني الجديد: وقد رأينا

أن التقنين المدني الجديد قد استحدث نصاً في تقادم الدعوى البولصية ، فقضت المادة ٢٤٣ بأن «تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه» .

ونرى من ذلك أن التقنين المدني الجديد جعل مدة تقادم الدعوى البولصية معادلة لمدة تقادم دعاوى البطلان والدعاوى الناشئة عن العمل غير المشروع والآثراء بلا سبب ، وإن كانت الدعوى البولصية ليست بدعوى بطلان كما سيجيء . وقد نزل التقنين الجديد بمدة التقادم إلى ثلاث سنوات حتى لا يبقى مصير التصرف الصادر من المدين معلقاً مدة طويلة . وقد كان المشروع التمهيدى يجعل مدة التقادم سنة واحدة ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ رفعت هذه المدة إلى ثلاث سنوات «توخياً للتيسير»^(١) . وتسرى مدة الثلاث سنوات من وقت علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، «لأن الدائن قد يعلم بصدور التصرف ، ولكن لا يعلم بالأسباب التي تستتبع عدم نفاذه في حقه»^(٢) . فيجب إذن ، لسريان هذه المدة القصيرة ، أن يعلم الدائن ، لا بصدور التصرف المطعون فيه من مدينه فحسب بل يعلم أيضاً باعسار مدينه وبالغش الواقع من هذا المدين ومن خلفه إن كان هناك موجب لذلك ، وفقاً للقواعد التي سبق ذكرها^(٣) .

وقد لا يعلم الدائن بكل ذلك إلا بعد صدور التصرف بمدة طويلة . فاذا زادت هذه المدة على اثنتي عشرة سنة ، ثم تركنا بعد ذلك للدائن ثلاث سنوات لرفع الدعوى ، فإن مدة التقادم على هذا الحساب تزيد على خمس عشرة سنة

(١) انظر تاريخ نص المادة ٢٤٣ آنفاً فقرة ٥٦٩ في الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٥ — وانظر تاريخ نص المادة ٢٤٣ آنفاً فقرة ٥٦٩ في الهامش .

(٣) ويترتب على ذلك أنه إذا علم الدائنون بسبب عدم نفاذ التصرف في تواريخ مختلفة ، سرى بالنسبة إلى كل منهم تقادم مدته ثلاث سنوات من تاريخ علمه . غير أن الدعوى تتقادم في كل حال ، بالنسبة إليهم جميعاً ، بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف المطعون فيه (انظر الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٦٨) .

من وقت صدور التصرف . لذلك قضت المادة ٢٤٣ مدني ، كما رأينا ، أن الدعوى البولصية « تسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه » . ففي الحالة المتقدمة الذكر ، وهي حالة ما إذا لم يعلم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف إلا بعد مدة تزيد على اثني عشرة سنة ، تتقادم الدعوى بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف^(١) .

٥٩٧ — تنازع التقنين الجديد مع التقنين السابق في الزمان :

ويخلص مما قدمناه أن الدعوى البولصية كانت في التقنين المدني السابق تسقط بخمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف ، وتسقط الآن في التقنين المدني الجديد بثلاث سنوات من وقت علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف بحيث لا تزيد المدة في كل حال على خمس عشرة سنة . فتكون مدة التقادم في التقنين الجديد أقصر منها في التقنين القديم . وقد نصت المادة الثامنة من التقنين المدني الجديد في هذا الصدد على ما يأتي : « ١ — إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة بدأت قبل ذلك . ٢ — أما إذا كان الباقي من المدة التي

(١) وإذا كانت الدعوى البولصية تسقط بالتقادم المسقط ، فإن من تلقى الحق عن المدين لا يتصور فيه أن يكسب الحق بالتقادم المكسب . وذلك لأنه مالك بموجب التصرف الصادر من المدين ، وهذا التصرف يبقى قائماً فيما بينه وبين المدين بالرغم من نجاح الدعوى البولصية ، فلا حاجة إذن وقد كسب الحق بهذا التصرف أن يكسبه بالتقادم (أوبري ورو)؛ فقرة ٣١٣ هامش رقم ٤٥ — بودري وبارد ١ فقرة ٧٢٧ — فقرة ٧٢٨) .

ويترتب على ذلك أن الدائن يستطيع أن يرفع الدعوى البولصية على خلف المدين ، ولو بقي هذا واضحاً يده على العين مدة التقادم المكسب ، ما دامت الدعوى البولصية نفسها لم تسقط بالتقادم (استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٩٦ . الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات فقرة ٣٦٠) ويمكن أن تتم مدة التقادم المكسب ، إذا كانت خمس سنوات فقط ، قبل أن تتم مدة التقادم المسقط للدعوى البولصية وهي تزيد في بعض الأحوال ، تبعاً لمبدأ سريانها ، على خمس سنوات (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٠ ص ٨١٤ هامش رقم ٤) .

هذا وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، في صدد تقادم الدعوى البولصية ، ما يأتي : « ويراعى أن للدائنين الآخرين أن يتمسكوا بالتقادم الحولى (عدلت المدة إلى ثلاث سنوات) قبل الدائن الطاعن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٤) . والمقصود بالدائنين الآخرين دائنو المتصرف إليه ، لأن لهم مصلحة في هذا التمسك حتى لا ينفذ الدائن الطاعن على العين التي انتقلت إلى المتصرف إليه فأصبحت في ضمانهم العام .

نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي » .

ويتبين من ذلك أنه إذا كان في يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ قد وجد ، وفقاً للتقنين السابق ، تقادم لم يكتمل بالنسبة إلى تصرف يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، وجب أولاً أن نحسب مدة التقادم وفقاً للتقنين الجديد . فإذا فرض أن هذا التصرف قد صدر من المدين في أول أكتوبر سنة ١٩٤٠ ، ولكن الدائن لم يعلم بسبب عدم نفاذه إلا في أول أكتوبر سنة ١٩٥٠ ، فإن التقادم يكتمل وفقاً للتقنين السابق في أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ ، ويكتمل وفقاً للتقنين الجديد في أول أكتوبر سنة ١٩٥٣ ، فتكون العبرة بالتقادم الذي يتم وفقاً للتقنين الجديد لأنه يتم أولاً .

أما إذا كان الدائن لم يعلم بسبب عدم نفاذ التصرف إلا في أول أكتوبر سنة ١٩٥٤ ، فإن التقادم يكتمل دائماً وفقاً للتقنين السابق في أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ ، ولكنه يكتمل وفقاً للتقنين الجديد في أول أكتوبر سنة ١٩٥٧ . فتكون العبرة هنا بالتقادم الذي يتم وفقاً للتقنين السابق لأنه هو الذي يتم أولاً ، وتتقادم الدعوى البولصية في هذه الحالة في أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على الدعوى البولصية

٥٩٨ — **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٤٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف لإضراراً بهم » .

وتنص المادة ٢٤١ على ما يأتي :

« إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من

الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل وقام بإيداعه خزانة المحكمة^(١) .
ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن أحكامها كان
معمولاً بها دون نص .

وتقابل النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٤٠ : ورد هذا النص في المادة ٣١٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر
عليه في التقنين الجديد . وقد وافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٤٧ من المشروع النهائى . ثم
وافق عليه مجلس النواب ، وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض على النص بأنه يخالف حكم التقنين
المدنى السابق ، وكان حكماً أفضل إذ بمقتضاه لا يستفيد من عدم نفاذ التصرف إلا الدائن الذى حكم
له ، وذلك لتشجيع الدائنين على مباشرة دعوى نفاذ التصرف . أما إذا كان الدائنون جميعاً
يستفيدون من آثار هذه الدعوى ، فقلما ينشط دائن بالذات لمباشرتها . فرد على هذا الاعتراض
بأن الأساس القانونى يتفق مع النص المقترح ، لأن الغرض من هذه الدعوى بقاء الأموال المتصرف
فيها فى الضمان العام للدائنين ، فلا معنى لأن يختص بفائدتها دائن دون آخر ، لأن فى ذلك إعطاء
حق امتياز لأحد الدائنين بغير نص أو حكم ، وعدم مباشرة هذه الدعوى من قبل بعض الدائنين
قد يرجع إلى عدم علمهم بالتصرف أو بإعسار المدين ، والدائن مباشر الدعوى سيعوض عن جميع
المصروفات التى صرفها فى الدعوى وتكون له الأولوية فى اقتضاها . وفى جلسة أخرى اقترح
بعض حضرات مستشارى محكمة النقض حذف النص لتعارضه مع قاعدة نسبية الأحكام ، ولانعدام
النيابة بين الدائنين ، ولأنه لا محل للقول بعدم التجزئة لمنافاته لطبيعة الدعوى إذ هى دعوى عدم
نفاذ تصرف لا دعوى بطلان وإذا كان البطلان لا يتجزأ فعدم النفاذ قد يتجزأ ، ولأن النص
يشترط لإفادة الدائنين الآخرين أن يكونوا ممن صدر التصرف لإضراراً بهم وإثبات تحقق هذا
الشرط مرجعه إلى القضاء ومن ثم فإن النص لا ينفى أى دائن عن رفع الدعوى ، هذا إلى أن القضاء
مستقر على ما يخالف حكم النص ولكن اللجنة لم تر الأخذ بهذا الاقتراح ، وأقرت النص
كما هو تحت رقم المادة ٢٤٠ . ثم وافق مجلس الشيوخ على النص دون تعديل (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٢ ص ٦٢٢ — ص ٦٢٤) .

م ٢٤١ : ورد هذا النص فى المادة ٣٢١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا كان
من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن قريباً من
ثمن المثل ، وقام بإيداعه خزانة المحكمة ، وأعلن كل ذى شأن بهذا الإيداع » . وفى لجنة المراجعة
استبدلت عبارة « متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل » بعبارة « متى كان هذا الثمن قريباً من ثمن المثل » ،
وأصبح رقم المادة ٢٤٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ
حذفت عبارة « وأعلن كل ذى شأن بهذا الإيداع » ، لأن ذوى الشأن لا يمكن تحديدهم على سبيل
الجزم ، وأصبحت المادة رقمها ٢٤١ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٢ ص ٦٢٥ — ص ٦٢٧) .

السوري المادتين ٢٤١-٢٤٢) وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٦٦-٢٦٧ ،
وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٤٣-٢٤٤ ، وفي تقنين الموجبات والعقود
اللبناني المادة ٢٧٨ فقرة ٣ (٢).

٥٩٩ - طبيعة الدعوى البولصية : ليست الدعوى البولصية إلا طريقاً
يسلكه الدائن لينال من القضاء حكماً بأنه من الغير في تصرف صدر من مدينه
المعسر إضراراً بحقوقه . إذ الأصل أن الدائن ينصرف إليه أثر العقد الصادر من
المدين ، على أن يكون المدين حسن النية في هذا التصرف ، فان كان سوء النية
فان أثر العقد لا ينصرف إلى الدائن . ومن ثم تكون الدعوى البولصية هي
دعوى بعدم نفاذ تصرف المدين المعسر في حق الدائن . وفي هذا تتركز آثار
الدعوى البولصية ، بل ليس هذا إلا النتيجة الطبيعية لما قدمناه من شروط هذه
الدعوى ، فقد رأينا أن هذه الشروط ترد إلى فكرة أساسية ، هي غش المدين
بقصد الإضرار بالدائن ، فأخذنا للمدين بغشه ، ودرءاً لهذا الضرر ، واستخلاصاً

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٤١ — ٢٤٢ (مطابقتان
لنصوص التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٢٦٦ (مطابقة لنص المادة ٢٤٠ من التقنين المدني المصري) .
م ٢٦٧ : ١ — إذا وفي المدين بالتزامه ، أو أصبحت أمواله كافية للوفاء بما عليه ، سقط حق
الدائن في التمسك بعدم نفاذ تصرف الصادر من المدين . ٢ — ويستطيع من استفاد من التصرف
الصادر إضراراً بالدائنين أن يتخلص من الدعوى إذا هو قام بوفاء حقوقهم ، أو إذا أثبت أن
المدين عنده مال يكفي لهذا الوفاء . ٣ — وإذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ،
فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن قريباً من ثمن المثل وقام بإيداعه صندوق المحكمة .
(والفقرتان الأوليان كانتا في المشروع التمهيدى للتقنين المصري وحذفنا اكتفاء بتطبيق القواعد
العامة كما سيأتي . والفقرة الأخيرة تتفق في -كهما مع المادة ٢٤١ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٤٣ — ٢٤٤ (مطابقتان لنصوص التقنين المدني المصري) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ٢٧٨ فقرة ٣ : ولا يستفيد من نتائج هذه الدعوى
إلا الشخص أو الأشخاص الذين أقاموها ، وذلك على قدر ما يجب لصيانة حقوقهم . أما فيما
زاد عنها ، فيبقى العقد قائماً ، ويستمر على إنتاج جميع مفاعيله . (وهذا النص يختلف في حكمه
عن نص التقنين المدني المصري في أن الدعوى البولصية في التقنين اللبناني لا تفيد إلا الدائن الذي
رفعها ، كما كان الأمر في التقنين المدني المصري السابق وكما هو الأمر الآن في القانون الفرنسي ، وبخلاف
التقنين المدني المصري الجديد فان الدعوى البولصية فيه تفيد جميع الدائنين الذين استوفوا شروطها -
أنظر الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٦٦ — ٦٧) .

للجزاء من طبيعة العمل ، جعل القانون تصرف المدين غير نافذ في حق المدين ، وبذلك يرتد الغش ويندفع الضرر .

ومما يترتب من النتائج على أن الدعوى البولصية هي دعوى بعدم نفاذ التصرف ما يأتي :—

(أولاً) ليست الدعوى البولصية بدعوى بطلان ولا بدعوى تعويض . والفقه الفرنسي زاخر بالمناقشات المحتدمة في هذا الصدد، وقد انقسم بين رأيين : رأى يذهب إلى أن الدعوى البولصية هي دعوى بطلان . ويستند هذا الرأى إلى أن كلمة « البطلان » وردت في نصوص التقنين المدنى الفرنسى في صدد تطبيقات للدعوى البولصية^(١) ، وإلى تقاليد القانون الرومانى ، وإلى تقاليد القانون الفرنسى القديم^(٢) . وسرى أن الدائن لا يبطل التصرف الصادر من مدينه ، بل أن هذا التصرف يبقى قائماً ، وكل ما يطلبه الدائن هو ألا يسرى في حقه أثر هذا التصرف . وليس من الدقة أن يقال أن شخصاً يعتبر من الغير في عقد ثم يطلب إبطاله . لأن البطلان لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين . أما الغير فليس له أن يطلب إلا عدم نفاذ العقد في حقه .

ورأى آخر يذهب إلى أن الدعوى البولصية هي دعوى تعويض^(٣) . ولوصح أن تصرف المدين كان ينفذ في حق الدائن ، فيضره فيعطى تعويضاً عن هذا الضرر ، لصح أن تكون الدعوى البولصية للتعويض . ولكن الواقع غير ذلك ، فإن تصرف المدين لا ينفذ في حق الدائن ، فهو ليس في حاجة إلى تعويض إذ لم يلحقه ضرر بعد أن منع وقوعه^(٤) . وإذا صح أن يكون هذا تعويضاً ، فهو تعويض

(١) أنظر المواد ٢٤٣ و ٢٢٢ و ٧٨٨ من التقنين المدنى الفرنسى . وأنظر أيضاً في التقنين المدنى المصرى السابق المادتين ٥٣/٧٦ و ١٤٣/٢٠٤ ، وفي التقنين التجارى المصرى المادتين ٢٢٨—٢٢٩ .

(٢) ديرانتون ١٠ فقرة ٥٨٥ — لوران ١٦ فقرة ٤٨٣ — فقرة ٤٨٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٠٦ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٤ .

(٣) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٤٥ — فقرة ٢٤٧ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٥ — أشير Acher في مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٠٦ ص ٨٥ — ص ١١٨ — ديموج ٧ فقرة ١١١٢ .

(٤) وقد قدمنا أن الدائن لا يستطيع رفع الدعوى البولصية ضد خلف الخلف الذى تلقى الحق =

عيني^(١) . بل هو تنفيذ عيني لالتزام المدين ألا يضر بحقوق الدائن^(٢) .
سبق أن قررنا كل ذلك في كتابنا « نظرية العقد »^(٣) ، ونهنا إلى التكييف
الصحيح للدعوى البولصية^(٤) ، وقد أصبح الفقه المصرى بعد ذلك لا يختلف
في هذا الأمر^(٥) .

وإذا نفينا عن الدعوى البولصية أنها دعوى بطلان . فقد نفينا عنها ما يذهب

= بمعرض وكان حسن النية ، فتقتصر دعواه على المدين والخلف ، وينفذ بحقه على المقابل الذى
حصل عليه هذا الأخير . وهنا تقرب الدعوى البولصية إلى أن تكون دعوى تعويض ولكنها .
ليست كذلك ، لأن المقابل الذى ينفذ عليه الدائن بحقه قد حل محل الحق الذى كان ضماناً للدائن
(قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٧) .

(١) الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٠٢ — ص ٢٠٣ .

(٢) ومن الفقهاء من يسند الدعوى البولصية إلى نظرية التعسف فى استعمال الحق ، فالمدين
يسئ استعمال حق التصرف فى ماله إذا صدر منه التصرف بقصد الإضرار بدائنه (جروبييه
فقرة ٢ — چوسران ٢ فقرة ٦٨٧ — نفس المؤلف فى روح الحقوق ونسبيتها ص ١٤٠) .
ومنهم من يسندها إلى اعتبارات ترجع إلى النزاهة والعدالة (ريبير فى القاعدة الخلقية فقرة ١٦٩) .
ومنهم من يذهب إلى أنها دعوى من نوع خاص ، أقرتها التقاليد وأعطتها مميزات الخاصة (كولان
وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ٤٥٠) . ويقسمها دى باج على أساس أنها تعويض عيني عن عمل غير
مشروع (دى باج ٣ فقرة ٢٥٢) . وكل هذه الآراء لا اعتراض عليها ، ولكنها لا تصل فى
التحليل إلى غايته .

(٣) فقرة ٧٣٧ — فقرة ٧٣٩ .

(٤) وترى الأساتذة بلانيول وريبير وردوان أن الدعوى البولصية أقرب إلى أن تكون
دعوى بطلان ، ولكنها دعوى بطلان من نوع خاص يميزه عن البطلان المعتاد فروق عدة ، أهمها
أن هذا البطلان لا يكون إلا فى حق الدائنين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٧) ، ويؤخذ
على هذا رأى أن البطلان الذى لا يكون إلا فى حق الغير إنما هو عدم نفاذ لا بطلان . على أنهم
يرون أن الدعوى تنطوى أيضاً على معنى التعويض ، ولكنه تعويض من نوع خاص كذلك ،
ويستخلصون من هذا أن الدعوى البولصية هى دعوى بطلان بفرض التعويض (action en
nullité à but indemnitaire) (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٧ ص ٣٠٠ —
ص ٣٠١ — انظر أيضاً چوسران ٢ فقرة ٧٠٤) . ويصرح الأستاذان بيدان ولاجارد أن
التصرف المطعون فيه يكون غير نافذ (inopposable) فى حق المدين (بيدان ولاجارد ٨
فقرة ٦٥٦) ، وكذلك الأساتذة بلانيول وريبير وبولانجيه (٢ فقرة ١٤٤٨) .

(٥) الأستاذ احمد حشمت أبوستيت فقرة ٦٤٥ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام

ص ١٥٨ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢١٠ — ص ٢١١ .

إليه رأى من أنها دعوى عينية^(١) ، أو رأى آخر من أنها دعوى مختلطة^(٢) ، وذلك من أجل تعيين المحكمة المختصة بنظرها . فان القول بأحد هذين الرأيين إنما كان مبنياً على أساس أنها دعوى بطلان ، وأن دعاوى البطلان هي دعاوى عينية لأنها ترجع العين إلى ملك المدين ، أو هي دعاوى مختلطة لأنها تبدأ شخصية ثم تنقلب عينية . والآن بعد أن تبينا أن الدعوى البولصية ليست بدعوى بطلان ، لم يعد هناك محل للقول بأنها عينية أو مختلطة . وإنما هي دعوى شخصية^(٣) ، ولكن ليس ذلك لأنها دعوى تعويض فقد نفينا عنها هذا الوصف ، بل لأن الدائن عندما يطلب عدم نفاذ تصرف المدين في حقه يبنى هذا الطلب على التزام المدين ألا يتصرف في ماله إضراراً بدائنه ، وهذا التزام شخصي مصدره القانون . يضاف إلى هذا أن الدائن في الدعوى البولصية لا يطالب بحق عيني ، بل ولا تؤول دعواه إلى انتقال حق عيني له أو لمدينه^(٤) ، وكل ما يطلبه هو عدم نفاذ تصرف المدين في حقه . ولا يترتب على إجابة طلبه أن العين التي تصرف فيها المدين ترجع إلى ملكية هذا ، فان تصرف المدين يبقى قائماً . كما أن العين لا تؤول إلى ملكية الدائن ، بل ترجع إلى ضمانه العام ، وعليه أن يقوم بإجراءات تنفيذية متميزة عن إجراءات الدعوى البولصية لينفذ بها على العين التي رجعت إلى ضمانه .

(ثانياً) ولما كانت الدعوى البولصية هي دعوى بطلب فيها الدائن عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين ، فمن الطبيعي أن يكون خصم الدائن في هذه الدعوى

(١) محكمة أمبان الاستئناف ١٦ مارس سنة ١٨٣٩ سيري ٤٠ — ٢ — ١٠ .

(٢) نقض فرنسي ٢٧ ديسمبر سنة ١١٤٣ سيري ٤٤ — ١ — ١٢٢ — لارومبيير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٤٥ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن الدعوى البولصية هي دعوى شخصية يرفعها دائن لإبطال (!) تصرف مدينه الحاصل بطريق التواطؤ للاضرار به وحرمانه من إمكان التنفيذ على الملك المتصرف فيه ، والذي كان يعتمد عليه الدائن لضمان استداده بحقوقه . وليس من نتائج هذه الدعوى تثبيت ملكية المدعى لما يطلب إبطال التصرف فيه (نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥) . وقضت أيضاً بأن الدعوى البولصية ليست في حقيقتها إلا دعوى بعدم نفاذ تصرف المدين الضار بدائنه في حق هذا الدائن وبالقدر الذي يكفي للوفاء بدينه (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٢ ص ٦٧٤) .

(٤) بودري وبارد ١ فقرة ٧٠٧ ص ٧٣٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٦ وفقرة ٩٦٨ — ولا يجوز الجمع بين طلب فسخ البيع وتثبيت الملكية وطلب عدم نفاذ التصرف (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٦ ص ٢٠٦) .

هو كل شخص اشترك في هذا التصرف . فيرفع الدائن الدعوى على المدين ومن تصرف له المدين ، وإذا كان المتصرف له قد تصرف بدوره إلى خلف ثان وجب إدخال هذا أيضاً في الدعوى ، وهكذا ^(١) . فالمدين إذن لا بد أن يكون خصماً في الدعوى ، وهذا هو أيضاً ما قررناه في الدعوى غير المباشرة وفقاً لأحكام التقنين المدني الجديد وخلافاً لأحكام التقنين المدني السابق ^(٢) ، وقد مر القول في ذلك .

(ثالثاً) وما دام الدائن لا يطلب إلا عدم نفاذ التصرف في حقه ، فانه يترتب على ذلك أن تصرف المدين لا يبطل ، بل يبقى قائماً بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين . بل إن الدائن نفسه يبقى متحملاً أثر تصرف مدينه إلى أن يتقرر اعتباره من الغير ، بالتقاضي أو بالتراضي .

ويستطيع الدائن ألا يرفع الدعوى البولصية إلى أن تسقط هذه الدعوى بالتقادم ، فيتحمل نهائياً أثر التصرف . بل يستطيع قبل سقوط الدعوى بالتقادم أن يتنازل عنها ، فلا يجوز له عندئذ أن يعود إلى رفعها ^(٣) . كما يستطيع ، دون أن يرفع الدعوى ، أن يتراضي مع المدين ومن تصرف له المدين على ألا يكون التصرف نافذاً في حقه .

ويخلص من ذلك أن أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى الدائن يختلف عن أثرها بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين . وهذا ما تنتقل الآن إلى بحثه .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجب رفع الدعوى البولصية في جميع الأحوال على المدين والخلف وخلف الخلف (٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ - والتون ٢ ص ١٢٠ دى باج ٣ فقرة ٢٤١ - ونخلف الخلف حق الخلف في التمسك بطلب تجريد المدين من أمواله (بنى سوييف الكلية ٢٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٨٥) .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤١ .

(٣) والتنازل قد يكون صراحة أو ضمناً ، ولكن نية الدائن في التنازل يجب أن تكون واضحة ، فجرد توقيعه حجزاً على الثمن المستحق في ذمة المشتري للبائع مدينه لا يعتبر تنازلاً عن الطعن بالدعوى البولصية في البيع (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٨ - لوران ١٦ فقرة ٤٦٣ - بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٥) .

المبحث الأول

أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى الدائن

٦٠٠ - **عدم مضي الرائن في الدعوى إذا استوفى حقه** : لا يرفع الدائن الدعوى البولصية إلا بصفته دائناً . فإذا توافرت فيه هذه الصفة وقت رفع الدعوى ، ثم فقدتها أثناء ذلك أو بعد صدور الحكم ، بأن استوفى حقه مثلاً ، فإنه لا يستطيع الاستمرار في الدعوى أو في التنفيذ . هذا إلى أنه لم تعد له مصلحة في ذلك بعد أن استوفى حقه .

وقد يقوم المدين نفسه بوفاء الدين ، فينهي بذلك الدعوى أو يوقف التنفيذ . ومصلحته في هذا العمل أنه يفي بدين في ذمته ، ويتوقى رجوع من تصرف له لو استمر الدائن في الدعوى أو في التنفيذ .

ولكن الغالب أن المدين لا يستطيع وفاء الدائن لإعساره . فيصح أن يقوم بالوفاء من تصرف له المدين . ومصلحته في هذا العمل هي أن يوقف الدعوى أو تنفيذ الحكم على الحق الذي تلقاه^(١) . ثم يرجع بما وفاه على المدين ، شأن

(١) استئناف أهلى ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٩٠ - ٢٧ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ - لوران ١٦ فقرة ٤٩١ - أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٣ .

وقد ذهب بعض الفقهاء في فرنسا (فيجييه (Vigier) ٢ فقرة ١٢٥٦ ص ٥٦٠) إلى أن الدعوى البولصية لا توقف بالوفاء للدائن ، لأنها دعوى بطلان ومتى توافر سبب البطلان وجب المضي في الدعوى والحكم به . وقد سبق أن بينا خطأ القول بأن الدعوى البولصية هي دعوى بطلان على أنه حتى إذا فرضت صحة هذا التكييف ، فإن هذا لا يمنع من أن الدائن بعد أن يستوفى حقه يفقد الصفة اللازمة في طلب الإبطال ، ولا تبقى له مصلحة في ذلك ، والدعوى لا تقهر بغیر الصفة وبغير المصلحة (لوران ١٦ فقرة ٤٩١ ص ٤٧٠ - بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٤) ولا يقسم الأستاذان بودرى وبارد هذه الحالة على حالة الغبن في القسمة إذ تسقط الدعوى برد الغبن نقلاً أو عيناً إلى المتقاسم المغبون كما تقضى بذلك المادة ٨٩١ مدنى فرنسى ، وعلى حالة الغبن في البيع إذ تسقط الدعوى كذلك بتكاملة الثمن إلى تسعة أعشار القيمة الحقيقية كما تقضى بذلك المادة ١٦٨١ مدنى فرنسى . وقد اقتضى الأمر نصاً خاصاً في هاتين الحالتين حتى يجوز رد الغبن نقلاً لا عيناً = (م ٦٧ ك الوسيط ج ٢)

كل شخص وفي دين غيره^(١) .

بل إن من تلقى الحق بعوض من المدين ، كالمشتري مثلاً ، يفتح أمامه سبيل آخر للتخلص من الدعوى البولصية إذا كان الثمن الذى اشترى به هو ثمن المثل ، وذلك بالأيديف الثمن إلى المدين ويقوم بإيداعه خزانة المحكمة على ذمة الدائن (انظر المادة ٢٤١ مدنى وقد تقدم ذكرها) . ويستطيع من تلقى الحق التخلص من الدعوى البولصية حتى لو اشترى بأقل من ثمن المثل ، ما دام يودع خزانة المحكمة ثمن المثل ، فان الدائن متى خلص له مقابل معادل للحق الذى خرج من ضمانه لم تعد له مصلحة فى الاستمرار فى الدعوى . ويكفى فى جميع الأحوال أن يعلن من تلقى الحق الدائن بالإيداع ، وليس من الضروري أن يعلن سائر الدائنين ، فقد لا يستطيع أن يعرفهم جميعاً^(٢) . ولكن ذلك لا يمنع سائر الدائنين ، إذا هم علموا بإيداع الثمن خزانة المحكمة ، أن يبادروا إلى التنفيذ على الثمن بحقوقهم ، وهم يشاركون فى ذلك الدائن الذى رفع الدعوى البولصية

= الحالة الأولى ، وحتى تقتصر تكلفة الثمن على تسعة أعمار القيمة فى الحالة الثانية — كذلك من يقول بأن الدعوى البولصية هى دعوى تعويض يقر سقوطها إذا استوفى الدائن حقه ، فقد أصبح لا محل للتعويض بعد ذلك .

(١) ولما كان المفروض أن المدين معسر ، فإن من وفى الدين عنه لا يستطيع الرجوع عليه بكل ماوفاه ، فينتظر يساره حتى يرجع بالباقي (بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٤ مكررة) ، وقد يحتجز من الثمن الثابت فى ذمته للمدين ما يوفى به الدين .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً — هو المادة ٣٢٠ من هذا المشروع — يجرى على الوجه الآتى : « ١ - إذا وفى المدين بالتزامه ، أو أصبحت أمواله كافية للوفاء بما عليه ، سقط حق الدائن فى التمسك بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين . ٢ - ويستطيع من استفاد من التصرف الصادر بإضراراً بالدائنين أن يتخلص من الدعوى إذا هو قام بوفاء حقوقهم ، أو إذا هو أثبت أن المدين عنده مال يكفى لهذا الوفاء » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (انظر آنفاً فقرة ٥٨٩ فى الهامش — مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢١ فى الهامش) . والنص يتضمن مسألتين : (١) ما قدمناه من جواز وفاء المدين أو خلفه بالدين للدائن فتسقط الدعوى البولصية (٢) حق خلف المدين فى طلب تجريد المدين ، وقد تقدم تفصيل ذلك . إلا أننا ذكرنا هناك (انظر آنفاً فقرة ٥٨٩ فى الهامش) أن الخلف لا يطلب منه أن يدل الدائن على مال للمدين يكفى لوفاء الدين ، ولو بقى النص المحذوف لوجب عليه أن يدل على ذلك . أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٣ — ص ٦٢٤ .

(٢) انظر تاريخ المادة ٢٤١ آنفاً فقرة ٥٩٨ فى الهامش .

مشاركة الغرماء كما سنرى .

١٠٦ - عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن : فإذا لم يستوف الدائن حقه ، استمر في الدعوى حتى يحصل على حكم يقضى بعدم نفاذ تصرف المدين بالنسبة إليه ، فلا يسرى في حقه أثر هذا التصرف ، إذ يعتبر فيه من الغير . ويترتب على ذلك أن الحق الذي تصرف فيه المدين يعتبر أنه لم يخرج من ضمان الدائن ، فينفذ هذا عليه^(١) ، ويتخذ في ذلك إجراءات تنفيذ متميزة عن إجراءات

(١) فإذا كان التصرف المطعون فيه هو ترتيب حق عيني على مال للمدين — كحق ارتفاق أو انتفاع أو رهن — سقط هذا الحق بالنسبة إلى الدائن ، ونفذ هذا على المال كأن لم يترتب عليه حق مما ذكر . وإذا كان التصرف إسقاط حق عيني — كالتنازل عن حق ارتفاق — رجع هذا الحق بالنسبة إلى الدائن ، ونفذ هذا على العين كما لو كان حق الارتفاق ثابتاً لها . وإذا كان التصرف إبراء المدين لذمة مدين له ، لم ينفذ هذا الإبراء في حق الدائن ، واعتبر الدين لا يزال موجوداً في ذمة مدين المدين ، وللدائن أن يحجز عليه حجز ما للمدين لدى الغير (بودرى وبارد ١ فقرة ٧٠٩ ص ٧٣٢ — بلانيول وريبير وردوان ١ فقرة ٩٦١) .

على أنه يلاحظ أن من تصرف له المدين قد يكون دفع إلى المدين عوضاً عن هذا التصرف ، كما إذا كان التصرف بيعاً ، فإذا كان المشتري حسن النية فلا تنزع العين من تحت يده كما قدمنا . أما إذا كان سيئ النية ، فللدائن أن ينتزع العين من تحت يد المشتري لينفذ عليها بحقه . ولكن إذا كان للدائن أن يمنع عن نفسه الضرر الذي يصيبه من جراء تصرف المدين ، فإنه لا يجوز له أن يستفيد من هذا التصرف . فالتمن الذي قد يبقى ديناً في ذمة المشتري ، أو الذي قد يكون المشتري دفعه وسدد به المدين بعض ديونه ، قد استفاد منه الدائن ، إما على اعتبار أنه زاد في حقوق مدينه إذا بقي ديناً في ذمة المشتري فيستطيع أن ينفذ عليه ، وإما على اعتبار أن بعض ديون مدينه قد وفيت فقل إعسار المدين بذلك . فيجب إذن أن تكون هذه الفائدة محل اعتبار ، وللمشتري أن يتمسك بها قبل الدائن ، ولا يجعله ينفذ على العين المبيعة إلا بقدر زيادة قيمة هذه العين على الفائدة التي عادت على الدائن (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٦ وفقرة ١٤٦ مكررة — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٠ وما بعدها — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٢ ص ٢٦٦) . فإذا لم تعد على الدائن فائدة أصلاً ، بأن كان الثمن الذي قبضه المدين مالا غير ظاهر لا يستطيع الدائن التنفيذ عليه كما هو الغالب في الدعوى البولصية ، كان للدائن أن ينفذ بحقه على العين بكل قيمتها — ويلاحظ أن عدم نفاذ التصرف بالنسبة إلى الدائن إنما يكون بالقدر اللازم للوفاء بحقه . فإذا كان التصرف هبة نقود أو قرضاً مثلاً ، فإن الذي لا ينفذ من هذه الهبة أو القرض بالنسبة إلى الدائن هو الجزء الكافي للوفاء بحقه ، أما ماعسى أن يبقى بعد ذلك فينفذ حتى في حق الدائن (استئناف أهل ٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ١/٣٢٧ ص ١٨٣ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٤ — جروبييه فقرة ٢٢٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٢ — نظرية للعقد للمؤلف فقرة ٧٤٦ ص ٨١٨) .

الدعوى البولصية وإن كانت تقترن بها^(١) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ومن

(١) قد يلاحظ أن هناك شهماً بين الدائن الذى يرفع الدعوى البولصية فيسترد عيناً تصرف فيها مدينه ، وبين دائن أخذ رهناً — أو كان له حق اختصاص أو امتياز — على هذه العين ثم باعها المدين . فإن الدائن الذى يرفع الدعوى البولصية ، كالدائن المرتهن ، يستوفى حقه من العين المبيعة ، ويتحمل المشتري للعين إجراءات الدعوى البولصية كما يتحمل إجراءات دعوى الرهن ، وإذا وفى للدائن حقه سقط كل من الدعويين ويرجع في الحالتين على المدين بما وفاه من دينه ، وإذا استمر الدائن في دعواه — الدعوى البولصية أو دعوى الرهن — ونفذ بحقه على العين فإن المشتري يرجع على المدين بالضمان في الحالتين . ويزيد هذا الشبه إذا رجعنا إلى عهد التقنين المدني السابق ، إذ كان الدائن الذى يرفع الدعوى البولصية ، كما سنرى ، يتأثر بالفائدة وحده ، ويتقدم كالدائن المرتهن على سائر الدائنين .

وبالرغم من وجوه الشبه هذه فإن هناك فروقاً جوهرية بين الدائن المرتهن والدائن الذى يرفع الدعوى البولصية ، نذكر منها مايتأتى :

(أولاً) إذا رفع الدائن المرتهن دعوى الرهن على خلف المدين ، فهو في الواقع إنما يتبع العين في يد هذا الخلف الذى يعتبر مالكا للعين حتى بالنسبة إلى الدائن المرتهن . أما الدائن في الدعوى البولصية فلا يتبع العين في يد الخلف ، إذ ليس له حق عيني يحول له ذاك ، فهو مضطر أولاً ، قبل التنفيذ على العين ، أن يطلب عدم نفاذ تصرف المدين في حقه ، فتعود العين إلى ضمانه ، وبعد ذلك يستطيع التنفيذ عليها . فالعين بالنسبة إليه تعتبر مملوكة للمدين ، وقد رأينا أنها بالنسبة إلى الدائن المرتهن تعتبر مملوكة لخلف المدين .

(ثانياً) وينبئ على الفرق المتقدم أنه في حالة الدائن المرتهن يجوز لخلف المدين أن يلجأ إلى تطهير العين ، فإن العقار المرهون ملكه وله أن يطهره . أما في الدعوى البولصية ، فإن خلف المدين لا يستطيع التطهير ، لأن العقار غير مرهون وهو معتبر في ملك المدين بالنسبة إلى الدائن ، وليس أمام الخلف إلا أن يوفى الدائن حقه أو يودع الثمن خزانة المحكمة كما قدمنا .

(ثالثاً) في حالة الدائن المرتهن ، إذا وفى الخلف الدائن حقه ، استطاع أن يرجع على المدين بدعوى الحلول . أما في الدعوى البولصية ، فالخلف لا يرجع على المدين ، بعد أن وفى دينه ، إلا بدعوى الإثراء بلا سبب أو بدعوى ضمان العقد الذى تم بينه وبين المدين .

(رابعاً) أن الدائن الذى يرفع الدعوى البولصية لا يستوفى حقه من العين التى تصرف فيها المدين إذا كان هذا التصرف معاوضة ولم يثبت الدائن غش كل من المدين وخلفه ، بل وخلف الخلف في المعاوضات كذلك . أما الدائن المرتهن فإنه يتبع العين وينفذ عليها بحقه في يد خلف المدين وخلف الخلف ، ولو كان هؤلاء جميعاً حتى النية وكان التصرف معاوضة .

(خامساً) أن الدائن الذى يرفع الدعوى البولصية في عهد التقنين المدني الجديد لا يتأثر وحده بفائدة الدعوى ، بل يشاركه في هذه الفائدة سائر الدائنين ، أما الدائن المرتهن فله حق التقدم . وحتى في عهد التقنين المدني السابق — حيث كان الدائن الذى يرفع الدعوى البولصية يتأثر وحده بفائدة الدعوى — لم يكن هذا الدائن يستطيع أن يمنع الدائنين الآخرين من التدخل في الدعوى ، فيشاركوه في فائدتها . أما الدائن المرتهن فإنه يبقى متمتعاً بميزة التقدم مهما بدا من =

هذا نرى أن دخول الحق في ضمان الدائن يكون بأثر رجعى ، إذ يعتبر أنه لم يخرج من هذا الضمان كما قدمنا (١) .

على أن الدائن قد يضطر إلى التنفيذ على الحق منقوصاً ، كما إذا كانت العين تحت يد موهوب له حسن النية ، فيملك هذا الثمرات بالقبض طبقاً للقواعد العامة (٢) . وقد يضطر إلى التنفيذ على حق آخر حل محل الحق الذى تصرف فيه المدين ، كما إذا كانت العين تحت يد مشتر ثان حسن النية ، فان الدائن فى هذه الحالة لا ينفذ إلا على الثمن المستحق فى ذمة المشتري التالى للمشتري الأول . وهذا إذا كان الثمن مساوياً لقيمة العين أو أكبر من قيمتها ، أما إذا كان أقل فان الدائن يرجع بقيمة العين على المشتري الأول سىء النية (٣) . وإذا فرضنا موهوباً له حسن النية بدلاً من المشتري الأول ، وقد باع العين الموهوبة لمشتري حسن النية ، فان الدائن لا يرجع على الموهوب له حسن النية إلا بقدر ما استفاد ، فان كان

= نشاط الدائنين الآخرين ، هذا إلى أنه لو تزامن الدائن المرتهن مع الدائن الذى رفع الدعوى البولصية فان الأول هو الذى يتقدم .

(انظر فى ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٨) .

(١) ذلك أن التصرف الذى صدر من المدين يندم أثره ، ويعتبر كأنه لم يكن بالنسبة إلى الدائن . وكان يترتب على ذلك أن جميع التصرفات التى انبنت على تصرف المدين تزول أيضاً بفضل الأثر الرجعى . ولكن قواعد الدعوى البولصية تقضى كما رأينا بوجود إثبات الغش فى جانب من تلقى العين معارضة من خلف المدين حتى يزول التصرف الثانى الذى انبنى على التصرف الأول . ويترب على ذلك أن الدائن ينفذ بحقه على العين مرهونة أو مثقلة بحق ارتفاق أو حق انتفاع ، إذا لم يستطع إثبات الغش فى جانب الدائن المرتهن أو صاحب حق الارتفاق أو حق الانتفاع وكان هؤلاء قد كسبوا حقوقهم معاوضة من المشتري من المدين .

وقد رأينا أن الأثر الرجعى للدعوى البولصية يظهر أثره فيما لو باع المدين عقاراً لمشتري وقصداً الاضرار بالدائن ، ثم أخذ شفيع حسن النية هذا العقار بالشفعة ، فان العقار يعتبر كأنه لم يخرج من ملكية المدين بالنسبة إلى الدائن ، ويسقط أثر الأخذ بالشفعة تطبيقاً لهذا الأثر الرجعى ، لأن الشفيع لا يعتبر مشرياً من المشتري حتى يشترط فيه سوء النية ، بل هو يحل محل المشتري بحالته ، فاذا كان المشتري قد اشترى فى ظروف من شأنها أن تجعله خاضعاً للدعوى البولصية ، وجب اعتبار الشفيع فى نفس الحالة ولو لم يثبت الغش فى جانبه (انظر آنفاً فقرة ٥٩٣ فى الهامش — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٦ ص ٨١٩ هامش رقم ١) .

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٨ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢١٢ — ص ٢١٣ —

بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٩ ص ٧٤٢ — ص ٧٤٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٥٩٣ .

قد باع العين بأقل من قيمتها رجع عليه الدائن بالثمن دون القيمة^(١).

٦٠٢ — استفادة جميع الدائنين الذين صدر التصرف أضراراً بهم:

القاعدة في القانون الفرنسي — وكانت القاعدة كذلك أيضاً في التقنين المدني المصري السابق — إن الدائن الذي يرفع الدعوى البولصية هو الذي يستأثر وحده بفائدتها دون سائر الدائنين ممن لم يدخلوا معه في الدعوى^(٢). ويعلل الفقهاء في فرنسا ذلك عادة بنسبية الحكم، فإدام الدائنون الآخرون لم يدخلوا في الدعوى فلا يستفيدون من الحكم^(٣). ولكن يرد على ذلك بأن نسبية الحكم لم تمنع الدائنين الذين لم يدخلوا في الدعوى غير المباشرة من الاستفادة بالحكم الذي يصدر فيها. ويضيف بعض الفقهاء إلى نسبية الحكم أن الدائن في الدعوى البولصية يرفع الدعوى باسمه، بينما هو يرفعها في الدعوى غير المباشرة باسم مدينه، ومن ثم يستفيد هو وحده في الأولى، ويستفيد معه سائر الدائنين في الثانية^(٤). ولكن يرد على ذلك أن الدائن في دعوى الصورية يرفع الدعوى باسمه، ومع ذلك يستفيد من الحكم سائر الدائنين ولو لم يدخلوا في الدعوى. ويقول الأستاذان بودرى وبارد^(٥) إن الدائن في الدعوى البولصية لا يمثل إلا نفسه، بدليل أنه لو استوفى حقه سقطت الدعوى. ولكن هذه علة غير مقنعة، فإن الدائن في الدعوى غير المباشرة لا يستطيع هو أيضاً المضي في الدعوى إذا استوفى حقه.

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٩٣ في الهامش — استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ وقد سبقت الإشارة إليه في هامش فقرة ٥٩٣ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٥ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٩ ص ٧٤٢.

(٢) استئناف أهلى ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ — ٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ١/٣٢٧ ص ١٨٣ — ١٥ مارس سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٢ ص ٧٨ — استئناف مصر ٢٧ يونيو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤١٦ ص ٩٠٤ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ ص ٢٢٩ — استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٢ — نقض فرنسى ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٣ — ١ — ٢٥٤ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٦٦ — هيك ٧ فقرة ٢٢٦ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٥ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٦ ص ٨٢٠ — ٨٢١.

(٣) بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٥ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٩٧ ص ٤٧٩ — دى پاچ ٣ فقرة ٢٤٥ (في القانون البلجيكي).

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٥.

(٥) جزء أول فقرة ٧١٨ ص ٧٤٠.

ولذلك ذهب رأى إلى أن كل الدائنين يستفيدون من الدعوى البولصية ، حتى من لم يشترك منهم فيها ، وحتى من كان حقه لاحقاً للتصرف المطعون فيه^(١) . وهناك رأى أكثر اعتدالاً يذهب إلى أن الدائنين يستفيدون من الدعوى البولصية حتى لو لم يشتركوا فيها ، بشرط أن يكون حقهم سابقاً على التصرف المطعون فيه حتى يكونوا مستوفين لشروط الدعوى^(٢) .

وبهذا رأى الأخير أخذ التقنين المدني المصري ، إذ نصت المادة ٢٤٠ من هذا التقنين ، كما رأينا ، على أنه « متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم » . فإذا ما رفع دائن مستوف لشروط الدعوى البولصية هذه الدعوى ، جاز لأي دائن آخر مستوف مثله لشروط الدعوى أن يتدخل فيها ، فيستفيد من الحكم بطبيعة الحال . وإذا لم يتدخل أحد ، ونجح الدائن الذى رفع الدعوى فى دعواه ، فإن الحق الذى تصرف فيه المدين يعود إلى الضمان العام لجميع الدائنين ممن استوفوا شروط الدعوى البولصية وكانت حقوقهم سابقة على التصرف المطعون فيه . فإذا عمد الدائن الذى حصل على الحكم إلى اتخاذ إجراءات تنفيذية على الحق الذى عاد إلى هذا الضمان العام على النحو الذى أسلفناه ، كان لكل دائن استوفى شروط الدعوى البولصية بالنسبة إلى هذا الحق أن يتدخل فى إجراءات التنفيذ ، فيشارك الدائن الأول مشاركة الغرماء ، بل قد يتقدم عليه إذا كان له حق عيني يخوله هذا التقدم . وبذلك تتحقق المساواة ما بين الدائنين ، ولا يتقدم أحد على آخر لمجرد أنه بادر إلى رفع الدعوى البولصية قبله ، بل لا يكون التقدم إلا لسبب يوجبه قانوناً^(٣) .

هذه القاعدة التى استحدثتها التقنين الجديد كانت محل جدل شديد فى لجنة مجلس الشيوخ . فقد قيل فى هذه اللجنة أن استئثار الدائن الذى رفع الدعوى البولصية بفوائدها فيه تشجيع له على مباشرتها ، وإلا لم ينشط دائن بالذات إلى

(١) ديرانتون ١٠ فقرة ٥٩٤ - لوران ١٦ فقرة ٤٨٨ - فقرة ٤٩٠ - ماركاديه ؛ فقرة ٥٠١ - كوليه دى سانتير ٥ فقرة ٨٢ مكررة ١٤ - دى هلتس ١ فى الدعوى البولصية فقرة ٥٩ - استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٠ .

(٢) لارومبيير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٢ .

(٣) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٦ ص ٨٢٠ . ص ٨٢١ .

رفعها إذا وجد إن الدائنين الذين لم يشتركوا معه في رفعها يشتركون مع ذلك في فائدتها . وقيل أيضاً إن نسبية الأحكام تحول دون التسليم باشتراك الدائنين الذين لم يتدخلوا في الدعوى البولصية في فائدتها ، كما إنه لا يمكن القول بأن الدائن الذى رفع هذه الدعوى ينوب عن سائر الدائنين في رفعها . وقيل كذلك أن الدعوى البولصية إنما هي دعوى بعدم نفاذ التصرف لا بإبطاله : وإذا كان البطلان لا يتجزأ فإن عدم النفاذ قابل للتجزئة فيكون التصرف غير نافذ في حق أحد الدائنين دون الباقي . ولكن اللجنة لم تر الأخذ بهذا الرأي ، وأصرت على ضرورة المساواة بين الدائنين ، فما دام الحق قد دخل في ضمانهم العام فلا محل لتقديم أحدهم على الآخرين لمجرد أنه علم قبل غيره بصدور التصرف الضار ، وقد لا يعلم باقي الدائنين بهذا التصرف قبل أن يصدر الحكم في الدعوى البولصية ، فيكون في هذا التقديم إخلال بالمساواة بينهم لا يتفق مع الاتجاه العام الذى توخاه التقنين الجديد عند ما نظم الإعسار وضيق من حق الاختصاص^(١)

(١) وقد جاء تقرير لجنة الشيوخ ، رداً على الاعتراضات المقدمة الذكر ، ما يأتى : « اقترح حذف المادة ٢٤٠ ... ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، بل اختارت إبقاء النص لأنه يعالج حالة استفاضت الشكوى منها في ظل نصوص التقنين الحالى (السابق) . وقد صدرت اللجنة في رأيها عن اعتبار جوهرى ، هو أن فكرة المساواة بين الدائنين في موقفهم من الضمان العام لديهم ، وهو أموال المدين قاطبة ، لا تتحقق إذا جعلت الأسبقية في اتخاذ الإجراء أساساً للأفضلية والاستئثار . فالنص الذى يتضمنه المشروع لا يقوم على فكرة نيابة الدائنين عن بعضهم ولا على طبيعة الدعوى ، وإنما هو يستند إلى ضرورة تحقيق المساواة في الانتفاع من الضمان العام . ولا ينبغى أن تحول دون ذلك نسبية الأحكام ، لأن زمام هذه القاعدة بيد الشارع ، وهو يخرج عليها كلما اقتضت المصلحة ذلك وهذا هو المسلك الذى انتهجه كثير من التشريعات الأجنبية وتابعه المشروع ، ولا سيما أنه يتفق في اتجاهاته العامة في تنظيم الإعسار والتضييق من حق الاختصاص » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٤) . هذا وقد استعادت الدعوى البولصية بذلك بعضاً من صبغتها الرومانية ، فقد رأينا أنها كانت في القانون الرومانى دعوى جماعية يرفعها مثل الدائنين وتعود فائدتها على الجميع ، أما هنا فلا تزال دعوى فردية ولكن فائدتها تعم جميع الدائنين . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « على أن المشروع لا يستأثر بفضل سبق في استحداث هذا الحكم ، فقد قضى التقنين البرتغالى في المادة ١٠٤٤ بأن الدعوى البولصية يكون من أثرها رد ما وقع التصرف فيه إلى ذمة المدين لمنفعة الدائنين . ونصت المادة ١١٣ من التقنين البرازيلى أيضاً على أن الفائدة التى تنتج من استعمال هذه الدعوى تدخل في نطاق ما يقسم بين الدائنين قسمة غرماء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٤) — انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٣ (وقد ورد فيها خطأ أن الدعوى البولصية أصبحت بوضعها هذا دعوى جماعية لافردية ، والصحيح =

٦٠٣ — رجموع الرائن بالتعويض: وللدائن ، إذا أصابه ضرر

خاص من التصرف الذى صدر من المدين ، أن يطالب ، إلى جانب عدم نفاذ التصرف فى حقه على النحو الذى بسطناه ، بالتعويض عن هذا الضرر الخاص وفقاً للقواعد العامة . فإذا أثبت المقرض مثلاً أن المقرض ، إذ بادر إلى التصرف فى حقه ، قد حرمه من التنفيذ فى الوقت المناسب ، فأصابه ضرر من ذلك يزيد على الفوائد القانونية أو الفوائد المشترطة ، جاز فى هذه الحالة أن يحكم له بتعويض يزيد على هذه الفوائد ، ويتقاضاها ممن تسبب بغشه فى هذا الضرر . ويتضامن فى الالتزام بهذا التعويض المدين نفسه إذا كان سىء النية ، ومن تصرف له المدين إذا كان متواطئاً معه ، وخلف هذا الأخير إذا تواطأ مع سلفه ، وهكذا . وكذلك الحكم إذا لم يكن هناك سوء نية ، كما فى التبرعات ، ولكن وجد تقصير ، وذلك فى غير الفوائد فقد رأينا أنه لا يجوز الحكم بفوائد تكميلية إلا فى حالة سوء النية . ونحن فى كل ذلك إنما نطبق القواعد العامة للمسئولية التقصيرية لا القواعد الخاصة بالدعوى البولصية^(١) .

= أنها لا تزال دعوى فردية ولكن فائدتها تعود على جميع الدائنين من استوفوا شروطها) . هذا وإذا صدر الحكم فى الدعوى البولصية لمصلحة الدائن الذى رفعها ، استفاد من الحكم كما قدمنا سائر الدائنين الذين تتوافر فيهم شروط الدعوى ، ويرجع الدائن بمصروفات الدعوى عليهم ، كل بقدر ما استفاد ، وذلك بدعوى الإثراء بلا سبب (انظر الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ٦٦ ص ٩١) . أما إذا صدر الحكم ضد الدائن ، فإنه لا يكون حجة على دائن آخر استوفى شروط الدعوى ، ويستطيع هذا الدائن الآخر أن يرفع الدعوى البولصية باسمه هو ، فإذا نجح استفاد من ذلك سائر الدائنين الذين استوفوا شروط الدعوى ، حتى الدائن الذى كان قد رفع الدعوى أولاً ولم ينجح إذا هو أثبت أنه مستوف للشروط .

ويلاحظ أن القاعدة التى استحدثها التقنين الجديد ليس لها أثر رجعى . فلو أن التصرف المطعون فيه صدر قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإن أحكام التقنين المدنى السابق هى التى تطبق ، وإلا فأحكام التقنين المدنى الجديد .

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٢ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧١٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٢ — وقد لا يكون هناك محل للمسئولية التقصيرية ، فلا يحكم بالتعويض بالرغم من وجود الضرر ، وعندئذ يكون الأمر مقصوراً على تطبيق قواعد الدعوى البولصية ، فيقضى بعدم نفاذ التصرف فى حق الدائن دون تعويض . ويتحقق ذلك فى فرض يكون فيه المدين ومن خلفه على حقه حتى النية ولا تقصير فى جانبهم ، وهذا ممكن فى القانون المصرى إذا كان التصرف الذى صدر من المدين هبة وانتقلت العين الموهوبة بطريق الهبة أيضاً من سلف إلى خلف (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٧ ص ٨٢١ هامش رقم ١) .

ويترتب على تطبيق هذه القواعد العامة أيضاً أن العين إذا هلكت في يد المشتري أو الموهوب له سوء النية ، كان كل من هذين مسئولاً عن هلاكها ، حتى لو كان الهلاك بسبب أجنبي إذا ثبت أن العين لم تكن تهلك لو بقيت في يد المدين . أما إذا هلكت في يد الموهوب له حسن النية ، لم يرجع الدائن بتعويض عليه حتى لو هلكت العين بخطئه ، لأن تقصير الموهوب له هنا متعلق بهلاك العين لا بمنع الدائن من التنفيذ عليها . وكالهلاك التلف الكلي أو الجزئي .

كذلك يرد المشتري أو الموهوب له سوء النية الثمار ، قبضها أو لم يقبضها أما الموهوب له حسن النية فلا يرد الثمار المقبوضة ، إذ يملكها بالقبض^(١) وإذا بنى حائز العين أو غرس أو أنفق مصروفات ضرورية أو نافعة أو كمالية طبقت الأحكام الخاصة بذلك^(٢) .

المبحث الثاني

أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين

٦٠٤ - حكم التصرف المظن فيه : قدمنا أن الدعوى البولصية

ليست دعوى بطلان ، فليس من أثرها أن تبطل تصرف المدين ، وإنما تجعل هذا التصرف غير نافذ في حق الدائنين . أما في حق غيرهم فيبقى التصرف قائماً ينتج كل آثاره ، إلا ما تعارض منها مع عدم نفاذ العقد في حق الدائنين . ويترتب على ذلك :

(١) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٢ - فقرة ٢٥٥ - بودري وبارد ١ فقرة ٧١٩ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٢ - دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٦٢ وفقرة ٦٥ - فقرة ٦٦ - والتون ٢ ص ١١٧ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٧ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الدائن الذي يطالب بالثمار التي قبضها خلف المدين بعد أن ثبت سوء نيته لا يستعمل حقه بدعوى غير مباشرة ، بل بمقتضى دعوى مباشرة مستمدة من حق خاص ثابت لهذا الدائن الذي لحقه الضرر (٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣ ص ٩٤) .

(٢) ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٥٣ - بودري وبارد فقرة ٧٢٣ - دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٦٣ - فقرة ٦٤ وفقرة ٦٨ فيما يتعلق بالحبس لاسترداد المصروفات - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٧ ص ٨٢٢ .

(أولاً) أن التصرف المطعون فيه يبقى قائماً فيما بين المتعاقدين ، بل يبقى منصرفاً أثره إلى من يمثله المتعاقدان من خلف عام وخلف خاص .
(ثانياً) عند تعارض المبدأ المتقدم مع مبدأ عدم نفاذ التصرف في حق الدائن يعالج هذا التعارض بتطبيق القواعد العامة (١) .

٦٠٥ - بقاء التصرف المطعنه فيه قائماً: يبقى التصرف قائماً نافذ الأثر بين الطرفين (٢) .

فاذا كان التصرف بيعاً مثلاً ، بقي الشيء المبيع ملكاً للمشتري ، وبقي المشتري ملتزماً بدفع الثمن ، وأنتج البيع كل آثاره من التزامات في جانب كل من المتعاقدين (٣) . فاذا نفذ الدائن على العين المبيعة واستوفى حقه منها ، فإن الباقي من ثمن العين بعد بيعها في المزاد يكون ملكاً للمشتري لا للبائع ، وهذا بالرغم من أن المشتري ساء النية متواطئ مع البائع (٤) . كذلك لو ترتب على البيع أن أخذ العين شفيع ، ثم استوفى الدائن حقه من العين المشفوع فيها ، رجع ما بقي من العين أو من ثمنها إلى الشفيع (٥) .

وإذا كان التصرف وقفاً خيرياً مثلاً ، صدر إضراراً بالدائنين ، بقيت العين موقوفة بعد أن يستوفى منها الدائن حقه . فاذا بيعت لوفاء هذا الحق ، وبقي من ثمنها شيء بعد الوفاء ، كان الباقي من الثمن وقفاً ، واشترت به عين أخرى نحل محل الأولى عن طريق الاستبدال دون حاجة إلى وقفها من جديد ، وبقيت الجهة الموقوف عليها وشروط الوقف ونظارته لا تتغير (٦) .

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٤٩ .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٤٩٤ - أوربى ورو ٤ فقرة ٣١٣ هامش رقم ٣٨ - بودرى وباردو فقرة ٧١٠ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٤ - استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٢ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت ١٩ ص ٢٧١ - انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٣ .

(٣) استئناف أهل ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٩٠ - ٢٧ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ - ١٥ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٤٤ ص ٧٨ .

(٤) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٠ .

(٥) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥٠ ص ٨٢٤ - ص ٨٢٥ .

(٦) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٨٢ - ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ =

وكما يبقى التصرف قائماً فيما بين الطرفين ، فإن أثره ينصرف أيضاً إلى من يمثله هذان الطرفان من خلف عام أو خلف خاص . فورثة المدين لا يرثون الباقي من العين التي تصرف فيها مورثهم بعد تنفيذ الدائن عليها ، ويرث ذلك ورثة المشتري . وإذا كان تصرف المدين في العين بالبيع ، فإن دعوى الضمان التي نشأت من عقد البيع تنتقل مع العين إلى المشتري من المشتري ، بالرغم من أنه سيء النية ، باعتباره خلفاً خاصاً للمشتري .

أما بالنسبة إلى دائني المدين - غير الدائن الذي رفع الدعوى البولصية - فقد قدمنا أن التصرف المطعون فيه يكون غير نافذ في حقهم إذا استوفوا شروط الدعوى البولصية ، ذلك أنهم يستفيدون من الحكم بعدم نفاذ التصرف كما يستفيد الدائن الذي رفع الدعوى البولصية وفقاً لأحكام التقنين المدني الجديد . ويستطيع هؤلاء الدائنون جميعاً أن ينفذوا على العين بحقوقهم ، ويقسمون ثمنها بينهم قسمة الغرماء على النحو الذي قدمناه . ولكن دائني من تصرف له المدين ينفذ أثر التصرف في حقهم نفاذه في حق مدينهم ، فلهم أن يعتبروا العين مملوكة له ، وأن ينفذوا عليها بعد أن يستوفي الدائن الذي رفع الدعوى البولصية ومن يشترك معه من الدائنين حقوقهم ، ولهم أن يستعملوا حق مدينهم في الرجوع على المدين الذي تصرف له (١) .

٦٠٦ - تعارض مبدأ قيام التصرف مع مبدأ عدم نفاذه في حق

الدائنين وتطبيق القواعد العامة: على أنه لا يمكن تفادي تعارض المبدأين اللذين قدمناهما: قيام التصرف فيما بين الطرفين من جهة ، وعدم نفاذ هذا التصرف في حق الدائن من جهة أخرى . فلو فرضنا التصرف بيعاً ، فإن من حق المشتري

٢٨ م ١٢٢ - ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥ - محكمة مصر المختلطة ٢٥ مارس سنة ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٠٦ - منفلوط أول يناير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٩٢ ص ١٢٠ .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦١ - انظر عكس ذلك : بلانيول في مقاله في المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٢ ص ٤٩٢ - وقد قدمنا أن العين المبيعة إذا تحولت إلى مجرد دين في ذمة المشتري - كما إذا باع المشتري العين لمشتري آخر حسن النية - فإن الدائن الذي رفع الدعوى البولصية يتحمل مزاحمة دائني المشتري في الرجوع على المشتري . وسنرى في الصورة أن دائني المشتري الصوري يتقدم على دائني البائع ، خلافاً لما نقرره هنا في الدعوى البولصية .

أن تخلص له ملكية العين المبيعة طبقاً لمبدأ قيام التصرف فيما بين الطرفين ، ولا تخلص له هذه الملكية إلا بعد أن يستوفى الدائن حقه من العين طبقاً لمبدأ عدم نفاذ التصرف في حق الدائن . فلا يبقى إذن إلا تطبيق القواعد العامة للتوفيق بين المبدأين .

وتطبيق هذه القواعد يؤدي إلى أن الدائن يستوفى حقه من العين المبيعة ، لأن البيع غير نافذ في حقه . ثم لما كان البيع لا يزال قائماً فيما بين المشتري والمدين الذي باع له العين ، فإن المشتري يرجع على المدين بضمان الاستحقاق^(١) . وله أن يطلب فسخ البيع ، ويترتب على الفسخ أن يتحلل المشتري من جميع التزاماته التي نشأت من عقد البيع ، فيزول التزامه بدفع الثمن بالرغم من توافقه مع المدين وإذا كان قد دفع الثمن استرده وترقب في ذلك يسار المدين ، ويرد إلى المدين ما بقي من العين في يده بعد تنفيذ الدائن^(٢) .

وله كذلك أن يرجع على المدين بما استوفاه الدائن ، فقد حصل ذلك من ماله ، فيرجع بدعوى الإثراء بلا سبب ، شأن كل شخص وفي ديناً عن الغير . ويتبين مما تقدم أن المشتري له دعويان : دعوى العقد ويرفعها ضد البائع له ، ودعوى الإثراء بلا سبب ويرفعها ضد المدين . فإذا كان البائع هو المدين ، فالمشتري بالخيار في الرجوع عليه بإحدى الدعوين . ولكن قد يكون البائع غير المدين ، كما إذا كان المدين قد تصرف في العين لآخر وهذا باعها للمشتري ، ففي هذه الحالة تتفرق الدعويان على شخصين مختلفين : دعوى الاستحقاق ترفع ضد البائع ، ودعوى الإثراء بلا سبب ترفع ضد المدين . وللمشتري أن يختار إحدى الدعوين^(٣) .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٤ - وإذا كان التصرف تبرعاً ، لم يرجع المرهون له على المدين بضمان الاستحقاق إلا إذا اشترط ذلك في عقد الهبة ، تطبيقاً للقواعد العامة (ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٧١ - لوران ١٦ فقرة ٤٩٥ - بودري وبارد ١ فقرة ٧١٢ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥١ ص ٨٢٦ هامش رقم ١) . وكذلك الحكم إذا كان التبرع هبة مستترة ، أو هبة غير مباشرة كتنازل عن حق شخصي أو حق عيني (بودري وبارد ١ فقرة ٧١٣) .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥١ ص ٨٢٦ هامش رقم ٢ .

(٣) جروبييه فقرة ٢٣٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٤ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥١ ص ٨٢٦ هامش رقم ٣ - وإذا كان التصرف المطلق فيه من شأنه أن يزيد في =

٦٠٧ — مقارنة بين الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة :

تتفق الدعويان في أن الدائن يعالج بهما موقف مدين معسر يعتمد الإضرار بدائنه أو يهمل إهمالا من شأنه أن يضر بهذا الدائن ، فلا بد من إدخال المدين خصما في كل من الدعويين . وتتفقان كذلك في أن الإجراءات فيهما فردية لا جماعية بخلاف إجراءات الإفلاس التجاري ، وفي أن سائر الدائنين مع ذلك يشاركون عند التنفيذ الدائن الذي رفع الدعوى ويقسمون معه ما حصل عليه قسمة الغرماء .

وتفترق الدعويان في أن الذي يعالجه الدائن في الدعوى غير المباشرة هو عمل سلبي من المدين وهو امتناعه عن استعمال حقوقه عمداً أو إهمالا ، وما يعالجه في الدعوى البولصية هو عمل إيجابي من المدين وهو تصرفه في حقوقه إضراراً بالدائن . لذلك كانت الحماية ضد العمل الإيجابي أشد نشاطاً من الحماية ضد العمل السلبي^(١) . فالدعوى البولصية يرفعها الدائن باسمه لا باسم المدين ، ويعتبر نفسه فيها من الغير بالنسبة إلى التصرف الذي يطعن فيه . أما الدعوى غير المباشرة

= التزامات المدين ، كقرض مثلا ، فإن عدم نفاذ عقد القرض في حق الدائن السابق على هذا التصرف يجعل هذا الدائن يتقدم على المقرض فلا يزاحمه ولكن المقرض يزاحم الدائن اللاحق لعقد القرض ، إذ للقرض نافذ في حق هذا الدائن . وهنا يجب التمييز بين قرضين : (١) فإذا كان الدائن اللاحق قد أصبح دائناً بموجب تصرف قانوني متأخر على عقد القرض ، فهذا التصرف الذي عقد بعد إعسار المدين يكون هو الآخر غير نافذ في حق الدائن السابق . فلو أن شخصاً لا يملك إلا عيناً قيمتها ألف ، وله دائن بهذا المبلغ ، ثم اقترض بعد ذلك مائة من دائن ثانٍ ، ثم مائة من دائن ثالث ، فإن القرض الأول الذي كان سبباً في إعساره لا ينفذ في حق الدائن السابق على القرض ، وكذلك القرض الثاني لا ينفذ لنفس السبب . فإذا فرضنا أن قيمة العين زادت وقت التنفيذ إلى ألف ومائة ، فإن الدائن الأول يتقدم على الدائنين الثاني والثالث ، فيستوفي ألفاً كاملة ، ويتزاحم الدائنان الثاني والثالث في المائة الباقية كل منهما يصيبه خمسون . (٢) أما إذا كان الدائن اللاحق قد أصبح دائناً بموجب عمل مادي — كعمل غير مشروع — فأصبح للمدين دائنون ثلاثة ، دائن بألف ثم من أقرضه المائة ثم المضرور في العمل غير المشروع ، فإن الدائن المقرض يكون عند ذلك وسطاً مابين الدائن السابق والدائن اللاحق ، فهو يتأخر عن السابق ويتزاحم اللاحق ، وفي الوقت ذاته يزاحم اللاحق السابق ، فينشأ من ذلك وضع شبيه بوضع الحوالة بين حجزين ، كما أشار إلى ذلك الأستاذ إسماعيل غانم (أحكام الالتزام ص ١٥٦ هامش رقم ٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٦٧ .

فيرفعها الدائن باسم المدين ، ويعتبر نفسه نائباً عن المدين في الحق الذي يستعمله باسمه (١) .

أما من حيث الأحكام التفصيلية فهناك فروق كثيرة ما بين الدعويين ، نذكر منها :

(١) في الدعوى البولصية يشترط في الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء ، ويكفى في الدعوى غير المباشرة أن يكون حق الدائن محقق الوجود دون أن يكون مستحق الأداء .

(٢) في الدعوى البولصية يشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه ، ولا يشترط في الدعوى غير المباشرة أن يكون حق الدائن سابقاً على ثبوت حق المدين الذي يستعمله الدائن .

(٣) في الدعوى البولصية التصرف الذي يطعن فيه الدائن لا بد أن يكون تصرفاً قانونياً (acte juridique) توافرت فيه شروط معينة تقدم ذكرها ، أما في الدعوى غير المباشرة فقد يكون مصدر الحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينه تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية .

(٤) في الدعوى البولصية لا بد أن يكون المدين — فيما عدا التبرعات في القانون المصري — سيء النية يريد بتصرفه الإضرار بحقوق دائنيه ، بل أن سوء نية المدين وحده لا يكفي إذا كان التصرف المطعون فيه معاوضة ، إذ يجب في هذه الحالة إثبات سوء نية الخلف وخلف الخلف . أما في الدعوى غير المباشرة فقد يكون المدين سيء النية وقد يكون مهملاً في استعمال حقه بنفسه ، فلا يشترط إذن في المدين سوء النية .

(٥) أثر الدعوى البولصية واحد دائماً هو اعتبار الدائن من الغير في التصرف المطعون فيه ، ذلك أنه لا توجد إلا دعوى بولصية واحدة يرفعها الدائن باسمه ،

(١) وقد قدمنا أن الدائن يستطيع أن يستعمل كلام الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة ، إذا أخفق في إحداها لجأ إلى الأخرى . ولكنه لا يستطيع الجمع بينهما في إجراءات واحدة ، لأنها دعويان مختلفتان (انظر آنفاً فقرة ٥٦٧ — وانظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦١) .

وهي دائما دعوى شخصية . أما أثر الدعوى غير المباشرة فيختلف باختلاف الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين ، ذلك أنه لا توجد دعوى واحدة غير مباشرة ، بل توجد دعاوى متعددة بقدر ما للمدين من حقوق يستطيع الدائن أن يستعملها ، وهي تارة تكون شخصية وطورا تكون عينية حسب طبيعة الحق الذي يستعمله الدائن^(١).

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦١ — فقرة ٧٦٢ .

الفصل الثالث

دعوى الصورية*

(Action en simulation)

٦٠٨ - مسائل تطرأ : نحدد أولا ما هي الصورية، ثم نبين أحكامها، ثم نعقد مقارنة بين دعوى الصورية وكل من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة .

الفرع الأول

تحديد الصورية

٦٠٩ - معنى الصورية وأنواعها : يلجأ المتعاقدان عادة إلى الصورية عند ما يريدان إخفاء حقيقة ما تعاقدوا عليه لسبب قام عندهما . ومن هنا وجد :
(١) العقد الظاهر (acte apparent) ، وهو العقد الصوري (acte simulé, fictif)
(٢) والعقد المستتر (acte secret) ، وهو العقد الحقيقي (acte réel) وتسميه المحاكم المصرية عادة بورقة الضد (contre-lettre) .

والصورية قسمان : صورية مطلقة (simulation absolue) وصورية نسبية

* مراجع : بارتان (Bartin) رسالة من باريس سنة ١٨٨٥ - فوركاد (Fourcade) رسالة من نانسي سنة ١٨٨٧ - جلاسون (Glasson) رسالة من باريس سنة ١٨٩٧ - كازال (Cazal) رسالة من مونديليه سنة ١٨٩٧ - ليريور بيجونيير (Lerebours Pigeonnière) رسالة من كان سنة ١٨٩٨ - ديكار (Descart) رسالة من بوردو سنة ١٩٠٧ - دافيد (David) رسالة من بواتيه سنة ١٩٢١ - بواسلو (Boisselot) رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ - فلافان (Flavin) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ - روسو (Rousseau) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ - ناوت (Naut) رسالة من باريس سنة ١٩٥١ (على الآلة الكاتبة) - مقال للأستاذ بلانيول في المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٦ ص ٦٢٢ وما بعدها - ديموج ١ فقرة ١٥٩ وما بعدها .

مقال للأستاذ صليب سامي في مجلة المحاماة السنة الثانية - بحث في الصورية في التصرف القانوني للأستاذ أحمد رفعت خفاجي المحاماة السنة ٣٤ ص ١٤٦٥ وما بعدها .

(م ٦٨ الوسيط - ج ٢)

(simulation relative) (١). والصورية النسبية إما أن تكون بطريق التستر (par voie de déguisement) . وإما أن تكون بطريق المضادة (par voie d'interposition contre - lettre) ، وإما أن تكون بطريق التسخير (de personnes)

٦١٠ — **الصورية المطلقة** : وهي تتناول وجود العقد ذاته ، فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة ، ولا تتضمن الورقة المسترة عقداً آخر حقيقياً يختلف عن العقد الظاهر ، بل تقتصر هذه الورقة على تقرير أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري لا وجود له . مثل ذلك شخص يريد أن يتوقى من دائنيه أن ينفذوا على شيء يملكه ، فيبيع هذا الشيء بيعاً صورياً إلى شخص يتفق معه على ذلك ، ويكتبان بالبيع عقداً ظاهراً ، ويكتبان في الوقت ذاته سنداً مستتراً يذكران فيه أن البيع لا حقيقة له ، وهذا السند المستتر هو «ورقة الضد» . وفي هذه الصورة نرى اقتراب الصورية من الدعوى البولصية ، ففي كليهما يحاول المدين بغشه أن يضر بحقوق دائنيه ، وفي كليهما يعطى القانون سلاحاً للدائنين يحاربون به غش المدين .

على أنه قد يكون للصورية المطلقة أغراض أخرى غير الإضرار بحقوق الدائن . فقد يتفق شخص مع آخر ممن يلوذ به على أن يبيعه بيعاً صورياً النصاب المالى المطلوب لمركز يرشح نفسه له ، كمركز العضوية في مجلس نيابي أو مركز العمدية أو نحو ذلك ، أو يبيعه بيعاً صورياً مالا يظهر به في مظهر ذوى اليسار حتى يتسنى له الانخراط في جمعية أو شركة تتطلب هذا المظهر أو مصاهرة أسرة تقتضى هذا اليسار .

ويتبين من هذا — ومن الحالات الأخرى للصورية النسبية التى ستأتى — أن الصورية أوسع نطاقاً من الدعوى البولصية .

٦١١ — **الصورية بطريق التستر** : وتتناول نوع العقد لا وجوده ، وذلك كهبة في صورة بيع . العقد الظاهر هو البيع وهو عقد صوري ، والعقد

(١) نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٥ ص ٥٩٢ — الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٢٣ .

المستتر هو الهبة وهو العقد الحقيقي . ويكون الغرض من الصورية عادة في مثل هذه الحالة الهرب من رسمية العقد فيما لو ظهرت الهبة في ثوبها الحقيقي (١). وقد يكون الغرض ستر السبب الحقيقي للتصرف ، كأن يكتب شخص صكاً على نفسه بدين لآخر يقول عنه انه ثمن لشيء اشتراه وهو في الحقيقة قرض بربا فاحش ، وكأن يصدر من شخص لأحد ورثته عقد بيع وهو في الحقيقة وصية .

٦١٢ — **الصورية بطريق المضادة :** ولا تتناول وجود العقد أو نوعه ، بل ركناً أو شرطاً فيه . مثل ذلك عقد بيع يذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي تخففاً من رسوم التسجيل ، أو ثمن أكبر من الثمن الحقيقي توكيلاً من الأخذ بالشفعة ، ويحتفظ المتعاقدان بسند مستتر ، هو ورقة الضد ، يذكر فيه الثمن على حقيقته .

٦١٣ — **الصورية بطريق التفسير :** وتتناول شخص أحد المتعاقدين ، كأن يهب شخص لآخر مالا ويكون الموهوب له المذكور في العقد ليس هو المقصود بالهبة ، بل المقصود شخص آخر يغلب أن تكون الهبة غير جائزة له ، فيوسط الواهب بينه وبين الموهوب له الحقيقي شخصاً مسخراً (personne interposée) ، تكون مهمته أن يتلقى الهبة من الواهب ثم ينقلها إلى الموهوب له . فيكون الغرض من الصورية بطريق التفسير عادة التغلب على

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا دفع بصورية عقد بيع مسجل صادر من والد إلى ولده الصورية المطلقة، فأحالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق، ثم استخلصت استخلاصاً سائفاً من أقوال الشهود إثباتاً ونفيًا—بعد أن أوردت مجمل هذه الأقوال في حكمها—أن الطاعن في العقد قد عجز عن إثبات دفعه بالصورية ، ثم خلصت إلى القول بأن العقد عقد تملك قطعي منجز انتقلت الملكية بموجبه فوراً حال حياة البائع، وأنه عقد صحيح سواء باعتباره بيعاً حقيقياً أو بيعاً يستر هبة، وأنه حتى مع التسليم أن ثمناً لم يدفع فإنه لا مانع قانوناً من إفراغ الهبة المنجزة في صورة عقد بيع صحيح ، فحكمها بذلك صحيح ، ولا وجه للطعن فيه بأنه فيما فعل قد خلط بين الصورية النسبية والصورية المطلقة (نقض مدني ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٤٦ ص ٢٥٦ — انظر أيضاً : نقض مدني ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٥٢ ص ٥٩٢ وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه) .

مانع قانوني يحول دون تمام الصفقة لشخص معين (١) .
وقد أورد التقنين المدني صوراً مختلفة من الصورية بطريق التسخير ،
نذكر منها :

(١) ما نصت عليه المادة ٤٧١ مدني من أنه « لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء
النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم
ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر في النزاع يدخل
في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وإلا كان البيع باطلا » .
(٢) ما نصت عليه المادة ٤٧٢ مدني من أنه « لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا
مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ،
سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار ، وإلا كان العقد باطلا » .
(٣) ما نصت عليه المادة ٤٧٩ مدني من أنه « لا يجوز لمن ينوب عن غيره
بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم
مستعار ، ولو بطريق المزايدة العلنية ، ما يبط به بيعه بموجب هذه النيابة ، ما لم
يكن ذلك باذن القضاء ، ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين
أخرى » .

(٤) ما نصت عليه المادة ٤٨٠ مدني من أنه « لا يجوز للسفاسة ولا للخبراء
أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء
بأسمائهم أم باسم مستعار (٢) » .

(١) وهناك تعاقد بطريق التسخير غير الصورية بطريق التسخير ، ويدعى المسخر فيه بالإسم
المستعار (prête - nom) . ففي الصورية بطريق التسخير يتعاقد الشخص مع مسخر (personne
interposée) يتواطأ معه على تسخيره لمصلحة شخص ثالث يكون هو أيضاً عالماً بهذا التسخير .
أما في التعاقد بطريق التسخير فإن المسخر (prête - nom) يتعاقد مع شخص يغلب ألا يكون
عالماً بالتسخير . والمسخر هنا يبرم تصرفات ثلاثة كل منها تصرف جدي . الأول عقد وكالة
يكون المسخر فيه وكيلاً عن آخر في تصرف يعيناه في عقد الوكالة . والثاني يعقده المسخر مع
الغير يبرم فيه هذا التصرف المعين لحساب الموكل ولكن باسمه هو فينصرف إليه أثر التصرف .
والثالث يعقده مع الموكل مرة أخرى ينقل له فيه أثر هذا التصرف الذي سبق أن عقده لحسابه مع
الغير (انظر بلانيول وريبير وأسمان ٦ ص ٤٢٨ هامش رقم ٢) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الصورية تكون بإخفاء حقيقة العقد في شكل عقد
آخر ، أو بإخفاء اسم أحد المتعاقدين تحت اسم شخص آخر مستعار . كما تكون بإظهار وجود
عقد لاحق حقيقة له في الوجود (أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢١٣ ص ٢١٦) .

٦١٤ — شروط تحقق الصورية : ويتبين مما قدمناه أن الصورية لا تتحقق إلا إذا توافرت الشروط الآتية :

- (١) أن يوجد عقدان — أو موقفان — اتحد فيهما الطرفان والموضوع .
- (٢) أن يختلف العقدان من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط .
- (٣) أن يكونا متعاصرين ، فيصدران معاً في وقت واحد^(١) .
- (٤) أن يكون أحدهما ظاهراً علنياً وهو العقد الصوري ، ويكون الآخر مستتراً سرىً وهو العقد الحقيقي^(٢) .

٦١٥ — تميز الصورية عن حالات مشابهة : وهناك حالات مشابهة للصورية يجب تمييز الصورية عنها . من ذلك :

- (١) إن الصورية تختلف عن التدليس في أنها عمل يتفق عليه المتعاقدان متواطئين معاً ، فليس يغش أحدهما الآخر ، وإنما يريدان معاً غش الغير أو إخفاء أمر معين^(٣) . أما التدليس فعمل يقوم به أحد المتعاقدين لتضليل المتعاقد

(١) ولا تشترط المعاصرة المادية ، بل تكفي المعاصرة الذهنية ، أي المعاصرة التي دارت في ذهن المتعاقدين وانعقدت عليها نيتهم وقت صدور التصرف الظاهر وإن صدر التصرف المستتر بعد ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأن لمحكمة الموضوع ، بما لها من سلطة تفسير العقود وتقدير الوقائع ، أن تقرر أن العقد محل الدعوى ، وإن صدر في يوم تال لعقد آخر ، بينه وبين العقد الآخر معاصرة ذهنية ، وأن العقد الأخير ، وإن وصف بأنه تراد أو تفاسخ ، هو في حقيقته ، حسبما انعقدت عليه نية الطرفين ، ورقة ضد تفيد صورية العقد الأول (نقض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) . وقضت أيضاً بأنه يكفي في اعتبار الإقرار بمشابهة ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالعقد ، وإن اختلف تاريخهما (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٠ ص ١٠٢) .

(٢) بنى سويف الكلية ٣ يونيو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٠٩ ص ٤٤٥ — كفر الشيخ ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ المحاماة ١١ رقم ٥١ ص ٩٤ — أما الباعث على الصورية فليس ركناً فيها ، وقد قضت محكمة النقض بأن الباعث على الصورية ليس ركناً من أركان الدعوى بها ، فعدم صحة الباعث الذي أورده مدعى الصورية ليس من شأنه وحده رفض دعواه (نقض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) .

(٣) وقد لا يكونان سيئاً النية . وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم بصورية العقد لا يستلزم إثبات سوء نية الطرفين فيه ، ومع ذلك إذا كان الحكم قد استظهر هذا الأمر فلا يصح تعييبه به =

الآخر (١) .

وتختلف الصورية عن التزوير كذلك ، لأن كلا من المتعاقدين عالم بالصورية ومتواطئ عليها مع الآخر . فلا يجوز إذن الطعن في العقد الرسمي أو العرفي بالتزوير بسبب صوريته (٢) .

(٢) تختلف الصورية أيضاً عن التحفظ الذهني (réserve mentale) في أن الأولى نتيجة تدبير واتفاق بين طرفين ، أما التحفظ الذهني ففيه يستقل أحد الطرفين — دون أن يتفق في ذلك مع الآخر — باظهار إرادة وإبطان إرادة أخرى تختلف عن الأولى ، فارادته الظاهرة غير جدية إذ تحفظ ذهنياً بإرادة باطنة تختلف عنها . فالتحفظ الذهني نوع من الصورية في الإرادة الظاهرة ، ولكنها صورية غير متفق عليها بين المتعاقدين .

(٣) ولا صورية في عقد جدي تم بين المتعاقدين ، ثم بدا لهما بعد ذلك أن يدخلوا فيه تعديلاً . فاذا اتفق الطرفان على عقد إيجار مثلاً ، ثم عدلا العقد فيما يتعلق بالأجرة فخفضاها ، لم يكن هناك عقد صوري وعقد حقيقي ، بل هناك عقدان حقيقيان الأخير منهما يعدل الأول . وقد تقدم القول إن الصورية لا تتحقق إلا إذا كان العقدان متعاصرين (٣) .

(٤) ولا صورية كذلك في عقد جدي يتم بين المتعاقدين ، حتى لو لم يكن ذلك العقد إلا وسيلة للوصول إلى غرض آخر ليس هو الغرض المباشر من العقد . فاذا تصرف المدين في ماله تصرفاً جدياً حتى يضيع على دائته فرصة

= (نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨١ ص ٥٥٣) . وقد تجتمع الصورية والتدليس ، كما إذا اتفق البائع والمشتري على صورية البيع ، ولكن المشتري أعطى البائع « ورقة ضد » بتوقيع مزور ، تدليلاً منه على البائع (نقض مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٣ ص ١٩٩) .

(١) استئناف أهلي ٥ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢١٦ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٩ — ديموج ١ ص ١٦٠ — والتون ٢ ص ١٢٩ — ص ١٣٠ — ويجوز إثبات صورية عقد رسمي دون الطعن فيه بالتزوير ، مادام الخصم لا يدعى تزوير العقد ذاته ، بل يقتصر على الإدعاء بأنه عقد غير جدي (نقض فرنسي ٤ يولييه سنة ١٩٢٢ سريه ١٩٢٤ — ١ — ٢٨٦ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٣٤٢) .

(٣) ديموج ١ ص ٢٦٣ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٤٤ .

التنفيذ عليه ، فتصرف المدين في هذه الحالة تصرف جدي لا صوري ، ويطعن فيه بالدعوى البولصية لا بدعوى الصورية (١) . وقد يحمل الزوج أحد أقاربه - كأحد والديه - على أن يرفع عليه دعوى نفقة ، حتى ينتقص بذلك من مقدار النفقة التي يحكم بها للزوجة ، ففي هذه الحالة لا تكون دعوى النفقة المرفوعة من غير الزوجة دعوى صورية ، بل هي دعوى حقيقية . وفي فرنسا قد يتبنى شخص آخر تبنياً حقيقياً بقصد أن ينتقص بذلك من حقوق الورثة ، وقد يتزوج الطبيب امرأة يعالجها وهي في مرض الموت حتى يجوز له أن يتلقى منها تبرعاً ممنوعاً عنه بموجب المادة ٩٠٩ من التقنين المدني الفرنسي لو لم يتزوجها (٢) .

(٥) ولا صورية في عقد ظاهر نوه فيه بالعقد المستتر ، كما في البيع مع التقرير بالشراء عن الغير (déclaration de command, élection d'ami) (٣) ، لأن شرط الصورية أن يكون هناك عقد مستتر لا يشار إليه في العقد الظاهر ، بل يبقى سراً بين الطرفين . ولذلك يصعب تحقق الصورية إذا كان العمل المستتر من شأنه ألا يكون نافذاً في حق الغير إلا بطريقة من طرق الشهر ، كتسجيل أو قيد أو إعلان ، إذ في هذه الحالة يفقد العمل المستتر سرية فلا تتوافر شروط الصورية (٤) .

٦١٦ - منطقة الصورية : وأكثر ما تكون الصورية في العقود . ولكن هذا لا يمنع من أن تكون في التصرف القانوني الصادر من جانب واحد (٥) ، بشرط أن يكون هذا التصرف موجهاً إلى شخص معين ، لأن

(١) نقض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤٩ ص ٤٢١ - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٤٤ مكررة - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٢٤ .

(٢) ديموج ١ ص ٢٦٠ - بلانيول وريبير وأسبان ٦ ص ٤٦٠ هامش رقم ١ .
(٣) أنظر في تكييف العلاقة ما بين المشتري الظاهر الذي يحتفظ بحق اختيار الغير والمشتري المستتر بأنها وكالة إذا أعمل المشتري الظاهر حقه في اختيار الغير ، وليست بوكالة إذا لم يختار أو اختار بعد الميعاد : نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٣١٢ .

(٤) ديموج ١ ص ٢٦٨ . ولا صورية في عقد يمكن تصحيحه من دليل داخل في العقد ذاته (intrinsèque) لا من دليل خارج عن العقد (extrinsèque) (بيدان ولاجارد ٩ فقره ٩٧٤) .
(٥) قارن دي باج ٢ فقرة ٦٢٤ ص ٥٩٠ .

الصورية نتيجة اتفاق ولا يتصور الاتفاق إلا من شخصين يتعاملان معاً .
فالتنازل عن حق عيني ، أو الإبراء من دين ، أو إنهاء علاقة قانونية قائمة (١) ،
كل هذا يتم بتصرف قانوني من جانب واحد ، وقد يكون هذا التصرف
صورياً إذا اتفق الطرفان على أن التنازل أو الإبراء أو إنهاء العلاقة القانونية
لا يقع ، وأن الحق العيني أو الدين أو العلاقة القانونية كل هذا يبقى قائماً بالرغم
من التصرف الصوري (٢) .

وكما تكون الصورية في العقود والتصرفات يصح أيضاً أن تكون في الأحكام ،
وبخاصة أحكام رسو المزاد التي لا تتعدى مهمة القاضي فيها مجرد استيفاء
الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد قد رسا عليه (٣) .

الفرع الثاني

أحكام الصورية

٦١٧ — النصري القانونية : تنص المادة ٢٤٤ من التقنين المدني
على ما يأتي :

« ١ — إذا أبرم عقد صوري ، فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص ، متى
كانوا حسني النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصوري ، كما أن لهم أن يتمسكوا
بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضربهم » .

« ٢ — وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر

(١) الأستاذ عبد الحى حجازي ٣ ص ٢١٢ .

(٢) أما إذا كان التصرف غير موجه إلى شخص معين ، كوعد بجائزة موجهة إلى الجمهور ،
فإن الصورية لا تتصور فيه ، فإذا كان الواعد غير جاد في وعده ، لم تكن هناك صورية بل كان
هذا اختلافاً بين الإرادة الظاهرة والإرادة الحقيقية قريباً من التحفظ الذهني (ديموج ١ فقرة ١٦٤
ص ٢٦٧) .

(٣) نقض مدني ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٨ ص ٣٩١ — الأستاذ
أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٥١ — انظر في عدم جواز الصورية في الزواج والإقرار
بالبنوة وجوازها في الشركات : بيدان ولا جارد ٩ فقرة ٩٧٥ — فقرة ٩٧٦ — وقارن دي باج
فقرة ٦٢٤ ص ٥٩٠ .

وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين .

وتنص المادة ٢٤٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي^(١) . »

ولامقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن أحكامها كانت مطبقة دون نص ، فتن التقنين الجديد القضاء المصري في ذلك^(٢) .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٢٤٥ - ٢٤٦ ، وفي التقنين المدني العراقي م ١٤٧ - ١٤٩ ، وفي التقنين المدني الليبي م ٢٤٧ - ٢٤٨ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٦٠ - ١٦١^(٣) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٤٤ : ورد هذا النص في المادة ٣٢٤ من المشروع التمهيدى على أن نحو يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية طفيفة جعلته مطابقاً لما استقر عليه ، وأصبح رقمه ٢٥١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٣٦ - ص ٦٣٨) .

م ٢٤٥ : ورد هذا النص في المادة ٣٢٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ . يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، ولا أثر للعقد الظاهر فيما بينهم . ٢ . إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد الحقيقي هو الصحيح مادام قد استوفى شروط صحته » . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى ، واكتفى بالفقرة الثانية بعد تعديلها على وجه جعلها مطابقة لما استقر عليه النص في التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢٥٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٣٩ وص ٦٤٦ - ص ٦٤٧) .

(٢) على أن التقنين المدني السابق اشتمل على نص خاص بالهبة المستترة في صورة عقد آخر ، وهذا ضرب من ضروب الصورية كما قدمنا ، فنصت المادة ٧٠/٤٨ من هذا التقنين على أن « تنتقل الملكية في الأموال الموهوبة ، منقولة كانت أو ثابتة ، بمجرد الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له ، إنما إذا كان العقد المشتمل على الهبة ليس موصوفاً بصفة عقد آخر ، فلا تصح الهبة ولا القبول إلا إذا كانا حاصلين بعقد رسمى ، وإلا كانت الهبة لاغية » . وقد تضمنت الفقرة الأولى من المادة ٤٨٨ من التقنين المدني الجديد هذا الحكم على الوجه الآتى : « تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر » .

انظر في اقتضاب التقنين المدني السابق في موضوع الصورية نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥٢ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري : م ٢٤٥ - ٢٤٦ (مطابقتان

ويتبين من هذه النصوص أن أحكام الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام تختلف عن أحكامها بالنسبة إلى الغير أى الدائنين والخلف الخاص . فنبحث :
(١) أحكام الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام (٢) أحكام الصورية بالنسبة إلى الغير (٣) الصورية من حيث الدعوى وطرق الإثبات .

المبحث الأول

أحكام الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام

٦١٨ — **العقد الظاهر لا وجود له** : رأينا أن المادة ٢٤٥ من التقنين

المصرى تقضى بأنه « إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي » . ويترتب على ذلك أن العقد الظاهر ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، لا وجود له ، فلا يعمل به . وهذا ما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة ، ذلك أن المتعاقدين إنما أرادا العقد المستتر لا العقد الظاهر ، فوجب أن يلتزما بما أراداه لا بما لم يريداه^(١).

التقنين المدني العراقي م ١٤٧ — ١٤٨ (مطابقتان لنص المشروع التمهيدى ، ولأحكام التقنين المصرى) .

م ١٤٩ : لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو . (والسبب في ذلك أن نظام التسجيل العراقي هو نظام السجل العقاري (Livre Foncier) ، وجهة التسجيل هناك نسمى الطابو عن اللغة التركية ، ومتى سجل العقد انتقل الحق العيني بقوة التسجيل ، فلم يعد هناك محل للطعن في العقد بالصورية) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٤٧ — ٢٤٨ (مطابقتان لنصوص التقنين المصرى) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٦٠ : إن الأوراق السرية التي يراد بها تعديل سند رسمى أو سند ذى توقيع خاص لا يسرى مفعولها إلا بين المتعاقدين وخلفائهم العموميين .

م ١٦١ : إن دائئى المتعاقدين وخلفاءهم المخصوصيين الذين أنشئ السند الظاهرى احتيالا للإضرار بهم ، يحق لهم أن يقيموا دعوى إعلان التواطؤ وأن يثبتوه بجميع طرق الإثبات .

(والأحكام لا تختلف عما هي عليه في التقنين المصرى ، وإن اختلفت العبارة : انظر الدكتور صبحى المحمصانى في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٦٨ — ص ٧١) .

(١) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٦ — ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ =

ومن ثم إذا باع شخص عيناً من آخر بيعاً صورياً واحتفظ بورقة الضد ،
ففيها بين البائع والمشتري لا وجود للبيع . ويبقى البائع مالكا للعين ، وله حق
التصرف فيها ، ويستطيع أن يبيعها بيعاً جدياً بعد ذلك إلى مشتر ثان والمشتري
الثاني هو الذي تنتقل إليه الملكية ، وليس للمشتري الصوري الأول أن يحتاج
بعقد البيع الصوري على المشتري الثاني ولوسجل البيع الصوري قبل تسجيل البيع
الجدي . كذلك إذا مات البائع ، فالعين الباقية في ملكه تنتقل بالميراث إلى وارثه
الخلف العام ، إذ العبرة بالنسبة إلى الخلف العام بالعقد الحقيقي أيضاً لا بالعقد
الصوري^(١).

وعلى النقيض من ذلك لا يكون المشتري الصوري مالكا للعين^(٢) . وكذلك
وارثه لا تنتقل إليه ملكية العين بالميراث ، إذا مات المشتري الصوري^(٣).

= م ١٥ ص ٢٠٣ — أول فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٥ — ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨
ص ٣٤٦ — شبين الكوم الكلية ١١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٩ ص ٦٤٦ —
وقد حاولت بعض محاكم فرنسا الاستثنائية أن تجعل العقد الظاهر هو الذي يسرى في العلاقة فيما
بين المتعاقدين على أساس القاعدة التي تقضى بأنه لا يجوز للشخص أن يتمسك بالغش الصادر منه
(Nemo auditur propriam turpitudinem allegans) ، ولكن هذا الرأي لم يسد ،
وقد قدمنا أن المتعاقدين في الصورية لا ينش أحدهما الآخر حتى لا يجوز له أن يتمسك بغشه ،
بل الاثنان متواطئان معاً على الصورية .

انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٤٦ .
(١) الأستاذ سلمان مرقس في الإثبات فقرة ٢٠٩ ص ٣٨٩ — استئناف مختلط ١١ فبراير
سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ — ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩
م ٢١ ص ٣٨٤ .

(٢) ولكنه إذا تصرف فيها فانتقلت إلى خلف خاص ، كان الخلف الخاص من الغير واستطاع
أن يحتاج بالعقد الصوري كما سنرى . ومن ثم أمكن الأستاذ فلاتيه (Flattet) في كتابه « العقود
لحساب الغير » أن يجعل البائع والمشتري الصوريين شريكين في حق واحد (cotitulaires du droit)
(فلاتيه في العقود لحساب الغير فقرة ١٢٠ — فقرة ١٣٣) .

(٣) هذا ما لم يكن الوارث قد اشترى العين من مورثه قبل موته بعقد حدى وهو حسن النية ،
فيصبح الوارث هنا من الغير وتنتقل إليه الملكية بالبيع لا بالميراث ، ولا يحتاج عليه بالعقد
المستتر مادام لا يعلم به (استئناف مصر ٩ مارس سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٤ ص ١٣) .
وإذا طعن الوارث بالصورية في تصرف صدر من مورثه لإضراراً بحقوقه في الإرث ، فإنه لا يصبح
غيراً ، ولكن له في هذه الحالة أن يثبت الصورية بجميع الطرق لوجود تحايل على القانون ،
وسأبقى بيان ذلك .

ولكن إذا لم يكن للعقد الصورى وجود كتصرف قانونى فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، فان له مع ذلك وجوداً مادياً قد يترتب عليه أثر قانونى . فالتصرف الصورى الصادر من الموصى له فى العين الموصى بها يعتبر قبولاً ضمناً للوصية ، وكذلك التصرف الصورى الصادر من الوارث فى عين من أعيان التركة يعتبر قبولاً للميراث فى القانون الفرنسى^(١).

٦١٩ — والعبرة بالعقد الحقيقى : فالذى يعتد به إذن ، فيما بين

المتعاقدين والخلف العام ، كما يقول صريح النص فى المادة ٢٤٥ مدنى ، إنما هو العقد الحقيقى . وقد رأينا فى المثل السابق أننا اعتدنا بورقة الضد ، وهى التى تعبر عن الموقف الحقيقى ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام . فالبائع الصورى يبقى مالكاً للعين وتنتقل منه الملكية إلى وارثه ، والمشتري الصورى لا تنتقل إليه ملكية العين ومن ثم لا تنتقل منه هذه الملكية إلى وارثه .

ولما كانت الصورية كثيراً ما تستعمل لخدعة الغير وللتحايل على القانون ، فقد كانت تختلط بالغش ، وكان كلا العقدین الظاهر والمستتر يعتبر باطلاً . ولم يميز القضاء الفرنسى بين الغش والصورية إلا فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر^(٢) ، فاقترصر فى الصورية على منع تحقيق الأغراض غير المشروعة التى يراد الوصول إليها من طريق الصورية ، واكتفى بذلك دون أن يجاوزه إلى إبطال العقد الحقيقى الذى قصد إليه المتعاقدان . وهذا هو ما تقضى به المادة ١٣٢١ من التقنين المدنى الفرنسى ، إذ تنص على أن « العقود المستترة لا تنتج أثرها إلا فيما بين المتعاقدين ، ولا يكون لها أثر ضد الغير^(٣) » . وهو ما استقر عليه الفقه

(١) ديموج ١ ص ٢٦٢ — ص ٢٦٣ .

(٢) ديموج ١ ص ٢٥٩ هامش رقم ٣ .

(٣) هذا هو النص المقتضب الذى تضمنته التقنين المدنى الفرنسى فى الصورية ، وقد ورد فى مكان غير مناسب هو باب إثبات الالتزام . وقد تضمنت التقنينات الحديثة نصوصاً عامة فى الصورية . فقضت المادة ١١٧ من التقنين المدنى الألمانى بجعل العقد الحقيقى هو الذى يسرى دون العقد الظاهر ، حتى بالنسبة إلى الغير . أما تقنين الالتزامات السويسرى (م ١٨ فقرة ٢) فقد قضى ، على العكس من ذلك ، بسريان العقد الظاهر . وجاءت نصوص المشروع الفرنسى الإيطالى أحكم من نصوص التقنينين المتقدمين وأكثر استيعاباً للموضوع ، فنصت المادة ٤٩ من هذا المشروع على أنه « فى حالة الصورية لا ينتج العقد الظاهر أثراً فيما بين المتعاقدين ، وإذا قصد المتعاقدان ، =

والقضاء في فرنسا^(١)، وما استقر عليه الفقه والقضاء في مصر^(٢) حتى في عهد التقنين المدني السابق الذي لم يشتمل على النصوص التي اشتمل عليها التقنين المدني الجديد، وذلك لاتفاق هذه الأحكام مع القواعد العامة، وقد قنن القضاء

= باتخاذها شكل عقد معين، أن يبرما عقداً آخر، فهذا العقد الأخير يكون صحيحاً إذا توافرت فيه كل الشروط الموضوعية اللازمة لصحته، ويجوز لدائني المتعاقدين والغير أن يتمسكوا بالعقد الظاهر إذا كانوا حسن النية، ويجوز لهم أيضاً أن يثبتوا الصورية التي وقعت ضارة بهم، ويجوز إثبات الصورية بكل الطرق حتى فيما بين المتعاقدين. ونصت المادة ٥٠ على أن «العقود المستترة التي لم يقرر القانون بطلانها تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين وخلفها العام، ولا يجوز التمسك بها على من لم يكن طرفاً فيها، ولكن هؤلاء لهم أن يتمسكوا بها». ويلاحظ أن المشروع الفرنسي الإيطالي لم يخرج على القواعد العامة في أحكام الصورية إلا في مسألة واحدة، وهي إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين، فقد أجاز هذا الإثبات بجميع الطرق.

(١) ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٧٠ — أوبري ورو ١ فقرة ٣٥ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٠٠ — ديموج ١ فقرة ١٦٠ و ٧ فقرة ١١٤٣ — بلانيول وريبير وأسبان ٦ فقرة ٣٣٥ — نقض فرنسي ٦ مارس سنة ١٨٨٣ داللو ٨٤-١-١١-٣٠ مايو سنة ١٩٠٠، سيريه ١٩٠١ ١-٢٧-٢ مارس سنة ١٩٠٤ داللو ١٩٠٤-١-١-٦١٥-١٢ مارس سنة ١٩١٨ سيريه ١٩٢٠-١-٧١.

(٢) دي هلتس ١ لفظ (acte) فقرة ١٠٢ — والتون ٢ ص ١٣٢-١٣٣ — الأستاذ محمد صالح في الالتزامات فقرة ٣١٥ — مذكرات الأستاذ محمد صادق فهمي فقرة ٥٤٢، وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الدعوى بصورية عقد لا تكن للحكم بطلانه، وإنما يجب بيان العلة التي من أجلها تحرر العقد الصوري، لأن الصورية وحدها لا تقتضي بطلان العقد، وإنما يبطل إذا كان الغرض من الصورية مخالفة القوانين (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧). وقضت محكمة النقض بأن ورقة الضد غير المسجلة يجوز الاحتجاج بها على طرفيها ولو كانت في صيغة تفاسخ، متى كان الثابت أنها ليست في حقيقتها تفاسخاً بل إقراراً بصورية عقد آخر أفرغ في صورة تفاسخ، كما أنه يصح أن يواجه بها الغير ولو كانت غير مسجلة متى ثبت علمه بها (نقض ملئ أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨). أنظر أيضاً: استئناف أهل ٢٧ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ — استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ — استئناف مختلط ٥ يونيو سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٤ ص ٣٧٦ — ١٥ مارس سنة ١٨٨٨ بوريللي بك م ٢٩٣ رقم ٥ — ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ — ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٣ — ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥ — ٤ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٣٥ — ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٦ — ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ — ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٣ — أول فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٥ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٣ — ٧ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٢٣ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٥ — ٩ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٣.

المصرى كما قدمنا فى المادتين ٢٤٤ و ٢٤٥ من التقنين المدنى الجديد .

٦٢٠ - وجوب اثبات العقد الحقيقى والشروط الواجب توافرها

فيه : وأى من الطرفين يريد أن يتمسك بالعقد المستتر فى مواجهة العقد الظاهر يجب عليه هو أن يثبت وجود العقد المستتر الذى يريد التمسك به ، وفقاً لقواعد الإثبات التى سنبينها فيما يلى . أما إذا لم يستطع أن يثبت أن هناك عقداً مستتراً ، فالعقد الظاهر هو الذى يعمل به ، ويعتبر عقداً جدياً لا صورياً^(١) .

فاذا ما ثبت وجود العقد المستتر ، وجب أن تتوافر فى هذا العقد ، حتى يسرى فيما بين المتعاقدين ، جميع الشروط الموضوعية التى يتطلبها القانون^(٢) . فعقد الهبة المستتر فى صورة البيع مثلاً يجب أن يصدر من ذى أهلية للهبة ، وأن تتوافر فيه أركان الهبة الموضوعية وشروط صحتها^(٣) . فاذا توافر كل ذلك ، أجريت على العقد أحكام الهبة لأحكام البيع ، فيجوز الرجوع فيه إلالمانع ،

(١) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٧٥ — ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٢ .

(٢) بلانيول وريبير وأسبان ٦ ص ٤٦٢ هامش رقم ١ — أوبرى ورو طبعة سادسة ١ فقرة ٣٥ ص ٢٢٥ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٩٠ — فقرة ١٩١ .

(٣) ويجب أن يكون العقد المستتر مباحاً ، فان كان غير مباح كان باطلاً ، حتى لو ستره عقد مباح . مثل ذلك ما تقضى به المادة ٩١١ من التقنين المدنى الفرنسى من أن الهبة لشخص غير أهل لقبولها تكون باطلة ولو كانت مستترة . بل قد يبيع القانون العقد الظاهر فى نفسه والعقد المستتر فى نفسه ، ولكن لا يبيع أن يجتمع العقدان ليستر الأول منهما الثانى . مثل ذلك ما كانت المادة ٤٢٢/٣٣٩ من التقنين المدنى السابق (المعدلة بالقانونين رقم ٤٩ و ٥٠ لسنة ١٩٢٣) تقضى له من أنه إذا كان الشرط الوفاى مقصوداً به إخفاء رهن عقارى ، فإن العقد يعتبر باطلاً لا أثر به ، سواء بصفته بيعاً أو رهناً . ففى هذا الفرض كان البيع الوفاى مباحاً فى ذاته ، وكذلك رهن الحيازة ، ولكن غير مباح أن يستتر رهن الحيازة فى صورة بيع وفائى ، فاذا وقع ذلك كان كل من رهن الحيازة والبيع الوفاى باطلاً لاعتبارات ترجع إلى النظام العام . انظر فى بطلان العقد المستتر والعقد الصورى للسبب غير المشروع : بيدان ولا جارد ٩ فقرة ٩٧٨ .

وفى قضية أخذت محكمة الاستئناف المختلطة المتعاقدين — لا الغير — بالعقد الصورى لا بالعقد الحقيقى جزاء لهما على الغش ، فقضت بأن المشتري لا يجوز له رفض ما يعرضه الشفيع من الثمن الوارد فى العقد بدعوى أنه أقل من الثمن الحقيقى . إذا ثبت أن المشتري والبائع قد اتفقا على =

ويحسب من نصيب الموهوب له في الميراث في القانون الفرنسي^(١) ، ويعتبر تبرعاً لا معاوضة من حيث الدعوى البولصية^(٢) .

أما من حيث الشكل ، فلا يشترط في العقد المستر أن تتوافر فيه الشكلية التي قد يتطلبها القانون لو لم تكن هناك صورية . فالهبة — ولو كانت هبة منقول^(٣) — في صورة بيع لا تشترط فيها ورقة رسمية (انظر المادة ٤٨٨ فقرة أولى مدني) ، ويكفي أن يكون العقد الظاهر بيعاً في شكله وفي موضوعه^(٤) .

= ذلك حتى ينقصا من قيمة الرسوم التي يجب دفعها للخزانة ، ومن جهة أخرى لا يجوز للبائع في هذه الحالة أن يرجع على المشتري بالفرق في الثمن (٢٢ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) . ويلاحظ في هذه القضية أن المحكمة قد أوقعت عقوبة على البائع جزاء غشه للخزانة دون نص يخول لها ذلك ، فالبائع قد اضطر إلى قبول ثمن أقل مما باع به مع أن العقد الحقيقي هو الذي يجب أن يسرى في علاقته بالشفيع ، إذ الشفيع لا يعتبر من الغير حتى يخير بين العقد الظاهر والعقد الحقيقي ، وإن كانت محكمة النقض اعتبرته من الغير في قضية مماثلة . وسنعود إلى هذه المسألة (انظر الفقرة التالية) .

(١) كذلك يجب إنقاص الهبة (réduction) حتى تصل إلى الحد المسموح به (quotité disponible) بالنسبة إلى الورثة إذا كانت الهبة لوارث في القانون الفرنسي ، ويلاحظ أن هذه الأحكام — إنقاص الهبة وحسابها من نصيب الوارث — تسرى في علاقة الموهوب له بالورثة ، وهؤلاء يعتبرون من الغير في مثل هذه الحالة (نظرية العقد للمؤلف ص ٨٣٧ هامش رقم ٣) .
(٢) بيدان ولا جارد ٩ فقرة ٩٧٣ — فلا يشترط في القانونين المصري والفرنسي أن يثبت دائن الشخص الذي صدرت منه هبة في صورة بيع سوء نية الموهوب له ، ولا يشترط في القانون المصري إثبات سوء نية الواهب نفسه .

(٣) نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٦ فقرة ٥٧٣ .
(٤) بيدان ولا جارد ٩ فقرة ٩٧٣ — نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١ ص ٤٧ — فيجب إذن توافر الشروط الشكلية والموضوعية في العقد الظاهر . وعلى هذا الرأي سارت محكمة الاستئناف الأهلية في دوائرها المجتمعة فيما يتعلق بالهبة المستترة في صورة البيع ، فيشترط أن يكون البيع الصوري بيعاً كاملاً في مظهره ومن حيث استكمال الشروط الموضوعية ، فإذا نص على هبة الثمن بطل العقد حتى فيما بين المتعاقدين (أول مايو سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٤٢ ص ٦٨) . وقد كان القضاء المختلط يميل إلى جواز أن ينص على هبة الثمن (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٩٧ — ١١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٨٦ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٥٥ — ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٦) . قارن الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٤٦ . وهذه مسألة مختلف فيها في فرنسا ، فرأى يشترط توافر الشروط الموضوعية (نقض فرنسي ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٣ — ١ — ٤١٣ — ٢٢ أبريل سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٤ — ١ — ١٩٣) ، ورأى لا يشترط =

وإذا أفرغ العقد الظاهر في ورقة رسمية ، فإنه يجوز مع ذلك أن يحتوى العقد المستتر سند عرفي (١) .

المبحث الثاني

أحكام الصورية بالنسبة إلى الغير

٦٢١ — تحديد معنى **الغیر في الصورية** : قدمنا أنه يجب التمييز في الصورية بين المتعاقدين والغير . والغير في الصورية يحتاج إلى التحديد ، فقد رأينا أن الغيرية تختلف باختلاف الوضع القانوني الذي تواجهه ، فالغير في الصورية يختلف عن الغير في أثر العقد : وعن الغير في التسجيل ، وعن الغير في القيد ، وعن الغير في التاريخ الثابت ، وعن الغير في حجية الحكم .

والوضع القانوني في الصورية الذي يكون أساساً في تحديد معنى « الغير » يتلخص في وجوب حماية كل من اعتمد على العقد الصوري واطمأن إليه ، معتقداً بحسن نية أنه عقد حقيقي فبنى عليه تعامله (٢) . فاستقرار التعامل يقضى في هذه الحالة — كما تقضى العدالة — أن يعتبر العقد الصوري بالنسبة إليه عقداً قائماً ينتج أثره إذا كانت له مصلحة في ذلك (٣) . وهذا الأساس في تحديد معنى « الغير » في الصورية يقتضى أن يكون « غيراً » الفريقان الآتيان :

(أولاً) كل من كسب حقاً عينياً من أحد المتعاقدين على الشيء محل التصرف

= (نقض فرنسي ٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٤ - ١ - ٣٨٨) ، وانظر في هذه المسألة ديموج ١ فقرة ١٦٧ ص ٢٧٠ - ص ٢٧٢ .

وإذا أبرم وصي عقداً صورياً عن القاصر مما يجب فيه إذن المحكمة الحسبية ، فالعقد الصوري لا يكون له أثر بالنسبة إلى الغير إلا إذا اشتمل على إذن المحكمة الحسبية ، والعقد المستتر ذاته يجب الحصول فيه على الإذن ليكون صحيحاً حتى فيما بين المتعاقدين ، ما لم يقتصر على تقرير صورية العقد الظاهر (انظر في هذا المعنى بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٧٤) .

(١) استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٧٧ — دي باج ٢ فقرة ٦٢٨ .

(٢) استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٨٨ .

(٣) قارن الأستاذ سليمان مرقس في الإثبات فقرة ٢٠٩ .

الصوري ، سواء كان هذا الحق سابقاً للتصرف الصوري أو تالياً له (١) .
فلو باع شخص داراً من آخر بيعاً صورياً ، فكل من كسب حقاً عينياً على هذه الدار ، قبل التصرف الصوري أو بعده ، من البائع أو المشتري ، يعتبر من الغير في البيع الصوري الذي تم . مثل من يكسب الحق العيني من البائع قبل التصرف الصوري دائن مرتين يرهن له البائع الدار ثم يبيعها بعد ذلك بيعاً صورياً ، ومثل من يكسب الحق العيني من البائع بعد التصرف الصوري مشتر ثان يبيع منه البائع الدار مرة أخرى بيعاً جدياً بعد أن باعها بيعاً صورياً . فكل من الدائن المرتين والمشتري بعقد جدي يعتبر غيراً بالنسبة إلى البيع الصوري ، ومن حقه أن يطعن في هذا البيع بالصورية على النحو الذي سنبينه ، حتى يسلم له حقه الذي كسبه من البائع (٢) . ومثل من يكسب الحق العيني من المشتري بعد صدور التصرف الصوري له مشتر ثان يبيع منه المشتري الصوري الدار بيعاً جدياً بعد أن اشتراها بعقد صوري ، أو دائن مرتين يرهن له المشتري الصوري الدار . فكل من المشتري بعقد جدي والدائن المرتين يعتبر غيراً بالنسبة إلى البيع الصوري ، ومن حقه أن يتمسك بهذا البيع على النحو الذي سنبينه ، حتى يسلم له حقه الذي كسبه من المشتري (٣) . ويستوى أن يكون الشيء محل التصرف

(١) استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ — قارن : نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمي ، ويشترط هذا الحكم خطأ أن يكون عقد الخلف الخاص سابقاً على التصرف الصوري (انظر الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ١٧٥ هامش رقم ٢) .

(٢) ويلاحظ أن الدائن الذي ارتهن الدار من البائع قبل صدور التصرف الصوري ينذر أن تكون له مصلحة في الطعن بالصورية ، لأن حق رهنه محفوظ حتى لو كان البيع الصوري جدياً . ومع ذلك يتفق أن تكون له مصلحة ، كما إذا لم يكن قد قيد الرهن قبل التصرف الصوري ، فله مصلحة في إسقاط البيع الصوري حتى يستطيع أن يقيد رهنه . وحتى إذا كان قد قيد رهنه قبل صدور البيع الصوري ، فبقي له مع ذلك مصلحة في التمسك بصورية البيع حتى لا يتبع العقار في يد المشتري فيتحمل إجراءات التطهير . وفي بعض القضايا التي عرضت على محكمة الاستئناف المختلطة تبين أن الدائن المرتين الذي قيد رهنه قبل التصرف الصوري الصادر من مدينه له مصلحة في الطعن بالصورية ، فإنه كان قد اتخذ إجراءات نزع ملكية العقار المرهون في مواجهة المدين وحده دون الخائز ، فطعن في تصرف المدين بالصورية حتى لا يحكم بإبطال هذه الإجراءات (٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ — انظر أيضاً : استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٦٩ — ٢ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٩٧) .

(٣) ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك على الدائن المرتين للعقار المبيع ، إذا =

(م ٦٩ الوسيط — ج ٢)

الصورى عيناً أو ديناً^(١) .

ويلاحظ أن هذا الفريق الأول ليس إلا الخلف الخاص لأحد المتعاقدين فى البيع الصورى : خلفاً خاصاً للبائع أو خلفاً خاصاً للمشتري .

ويلاحظ أيضاً أن هذا الخلف الخاص قد كسب حقه من البائع أو من المشتري بسبب يغير التصرف الصورى الصادر من البائع إلى المشتري . فالدائن المرتهن من البائع كسب حقه بعقد الرهن وهو غير البيع الصورى ، والمشتري بعقد جدى من البائع كسب حقه بعقد البيع الجدى وهو غير البيع الصورى ، وكذلك الحال بالنسبة إلى كل من المشتري بعقد جدى من المشتري والدائن الذى ارتهن من المشتري الدار . ويترتب على ذلك أنه لا يعتبر غيراً من كسب حقه على العين

= كان هذا الأخير كسب حق الرهن من المشتري، بسند مستر جاء فيه أن المشتري لم يدفع الثمن خلافاً لما ورد فى عقد البيع (استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٣)، ولا يجوز أيضاً التمسك بذلك قبل المشتري من المشتري (استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الحاماة ٨ رقم ٢٣٩ ص ٣١٧) .

(١) وقد يكون الشيء محل التصرف الصورى هو دين صورى عقده المدين ، فيعتبر من الغير فى هذا الدين الصورى من كسب حقاً عينياً على هذا الدين . فاذا حول الدائن فى هذا الدين الصورى الدين إلى محال له يجهل صورته ، كان المحال له غيراً ، ولا يستطيع المدين فى الدين الصورى أن يتمسك قبله بصورية الدين ، إذ للغير كما سنرى أن يتمسك بالعقد الصورى إذا كانت له مصلحة فى ذلك (بنى صريف ٦ أكتوبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٧ ص ١٧٢ — استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ — ٢٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٣٥ — ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٠٩ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٥٩) . وقد يكون الدين حقيقياً غير صورى ، ويحوله الدائن حوالة صورية ، فيكون طرفاً للصورية فى هذه الحالة هما الدائن المحيل والمحال له . أما المدين المحال عليه فهو ليس بطرف فى الحوالة للصورية ، ولكنه لا يعتبر غيراً فيها ، إذ هو ليس بدائن ولا بخلف خاص لأى من طرفى الصورية (انظر الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٤٩ وقارن الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٢٨) . فاذا دفع الدين للمحال له معتقداً بحسن نية أن الحوالة جدية ، كان الدفع صحيحاً مبرئاً لذمته ، لا لأنه من الغير فى الحوالة ومن حقه أن يتمسك بالعقد الصورى ، بل لأنه دفع الدين إلى الدائن الظاهر بحسن نية . وإذا كان الدين المحال به حوالة صورية ديناً متنازعاً فيه ، وأراد المدين أن يتخلص منه بدفعه الثمن والمصروفات ، وعارض المحيل أو المحال له فى ذلك متمسكاً بأن الحوالة صورية ، فيبدو لنا أن المدين لا يحق له التخلص من الدين بدفعه الثمن والمصروفات لأنه ليس من الغير حتى يحق له التمسك بالعقد الصورى (قارن نظرية العقد ص ٨٣٣ هامش رقم ١ حيث أوردنا رأياً وأحكاماً بعكس ذلك) .

محل التصرف الصوري بموجب هذا التصرف الصوري نفسه . فلو باع شخص داراً من آخر بعقد ذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي للتخفيف من رسوم التسجيل ، فإن الشفع في هذه الدار لا يعتبر غيراً بالنسبة إلى هذا البيع ، ولا يحق له أن يتمسك بالثمن المذكور في العقد للأخذ بالشفعة ، بل يجب أن يدفع الثمن الحقيقي إذا أثبتته أى من البائع أو المشتري . ذلك أن الشفع إنما كسب حقه بالشفعة ، والشفعة سبب يدخل فيه نفس البيع الذي ذكر فيه الثمن الصوري^(١) ، فيكون قد كسب حقه بموجب العقد الصوري ، فلا يعتبر غيراً في هذا العقد . هذا إلى أنه من الواضح أن الشفع قد حل محل المشتري في البيع ، فهو إذن ليس بخلف خاص للمشتري إذ لم يتلق منه الملكية ، وهو في الوقت ذاته بعد أن حل محل المشتري قد أصبح طرفاً مع البائع في نفس العقد الصوري فلا يصح أن يكون خلفاً خاصاً للبائع^(٢) .

(١) وقد سبق أن بينا أن الشفعة واقعة مركبة (fait complexe) ، اقترن فيها بيع العين المشفوعة مع الشروع أو الجوار ، وهذه واقعة مادية ، بإعلان الشفع رغبته في الأخذ بالشفعة ، وهذا تصرف قانوني (الوسيط الجزء الأول ص ١٣٢ هامش رقم ٢) . فيدخل إذن في تركيب الشفعة ، كسب لكسب الملكية ، البيع الذي يأخذ فيه الشفع بالشفعة ، ويعتبر هذا البيع بالنسبة إلى الشفع واقعة مادية كما سبق القول .

(٢) ومع ذلك فقد جرى قضاء محكمة النقض على عكس هذا الرأي الذي نقول به . فقد قضت بأن الشفع ، بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة ، يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة ، ومن ثم لا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر . وإذن متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى للمطعون عليها الأولى بالشفعة مقابل الثمن الوارد بالعقد المسجل الصادر من الشركة البائعة إلى الطاعنين — ويقول الطاعنون إن بيوعاً متعاقبة توسطت بينهم وبين الشركة بأثمان أعلى ولكن لما كانت هذه البيوع عقوداً عرضية لم تسجل فقد آثروا أن يصدر البيع رأساً من الشركة إليهم بثمن صوري هو الثمن الذي تقاضته الشركة في الحال — قد نفى بأدلة مسوغة علم المطعون عليها الأولى بأن الثمن الحقيقي يختلف عن الثمن الوارد بالعقد ، فإن النفي عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١) . وقد رأينا أن محكمة الاستئناف المختلطة (انظر آنفاً فقرة ٦٢٠ في الهامش) قد قضت بأن المشتري لا يجوز له رفض ما يعرضه الشفع من الثمن الوارد في العقد بدعوى أنه أقل من الثمن الحقيقي إذا ثبت أن المشتري والبائع قد اتفقا على ذلك حتى ينقصا من قيمة الرسوم التي يجب دفعها للخزانة ، ومن جهة أخرى لا يجوز للبائع في هذه الحالة أن يرجع على المشتري بالفرق في الثمن (٢٢ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) . وقد أوردنا هذا الحكم في كتاب « نظرية العقد » (ص ٨٣٥ هامش رقم ٤) ، وقلنا هناك إن المحكمة جعلت العقد الصوري هو الذي يسرى فيما بين المتعاقدين عقاباً لها على الغش في حق الخزانة ، والعقوبة لا تكون إلا بنص «

ويترتب على ذلك أيضاً أنه إذا كان عقد الاشتراط لمصلحة الغير ما بين المشترط والمتعهد عقداً صورياً ، فإنه يجوز للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع

= (انظر أيضاً آنفاً فقرة ٦٢٠ في الهامش) . ونقول هنا ، بالإضافة إلى ماتقدم ، إن الشفيع لا يعتبر من الغير حتى يجوز له أن يتمسك بالعقد الظاهر .

ويؤيد الأستاذ إسماعيل غانم المبدأ الذي أخذت به محكمة النقض ، ويعتبر الشفيع غيراً له أن يأخذ بالثمن الوارد في عقد البيع ولو كان أقل من الثمن الحقيقي ، ويقول إن القول بغير هذا «يؤدي إلى نتيجة غيرعادلة وهي سقوط الحق في الأخذ بالشفعة إذا كان الشفيع قد أودع الثمن الظاهر وفات ميعاد الثلاثين يوماً دون أن يعلم بالثمن الحقيقي» (أحكام الالتزام فقرة ١٣٠ ص ١٧٧ و هامش رقم ١) . ولكن هذا الاعتراض يسهل دفعه ، فإن الشفيع لا يلزمه أن يودع إلا الثمن الوارد في العقد ما دام لا يعلم بالثمن الحقيقي ، فإذا ثبت أن الثمن الحقيقي أكبر من الثمن الوارد في العقد ، وجب عليه أن يبلغ ما أودعه إلى مقدار الثمن الحقيقي حتى بعد فوات ميعاد الثلاثين يوماً .

وللمبدأ الذي أخذت به محكمة النقض . ونقول بمكسه ، تطبيقات هامة أخرى . من ذلك أن الشفعة ، وفقاً لهذا المبدأ ، تجوز في البيع الصوري وفي البيع الساتر لهبة ، إذ يأخذ الشفيع بالعقد الظاهر وقد قضت محكمة النقض بأن الشفعة جائزة في الهبة المستترة في صورة البيع ، ذلك أن الشفيع ، بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة ، من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين ، البائع والمشتري ، فله أن يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، ومن ثم لا يجوز أن يحتاج بالعقد المستتر إلا إذا كان هذا العقد مسجلاً أو كان هو عالماً بصورية العقد الظاهر أو بوجود ورقة ضد (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام محكمة النقض رقم ١٦١ ص ١٠٦٣) — وقضت أيضاً بأن الشفيع من الغير ، فلا يحتاج عليه بغير العقد الظاهر ، ومن ثم يكون له الأخذ بالشفعة اعتماداً على العقد الظاهر ، دون نظر إلى العقد المستتر (نقض مدني ٢٥ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠٤ ص ٦٣٥) . وقضت بأن من المقرر قانوناً أن ورقة الضد لا يحتاج بها إلا فيما بين العاقدين ، وأن للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر ، وذلك سواء أكانت ورقة الضد ثابتة التاريخ أم كانت غير ثابتة ما دامت هي لم تسجل . فتي كان العقد صريحاً أنه بيع لا رهن ، فلا يجوز قانوناً التمسك قبل الشفيع — وهو من طبقة الغير بالنسبة إلى ذلك العقد — بأنه رهن لا بيع ، بناء على إقرار من البائع بذلك مقول أنه صار ثابت التاريخ بوفاة بعض الشهود الموقعين عليه (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦١ ص ٤٥٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة ، في هذا المعنى أيضاً ، بأنه لا يجوز التمسك على الشفيع بسند مستتر جاء فيه أن البيع ليس إلا ضماناً للمشتري لحق له في ذمة البائع ، حتى إذا دفع البائع الدين فسخ البيع (٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢) .

ولا نرى ، في كل ما تقدم من التطبيقات ، أن الشفيع يعتبر غيراً في الصورية ، فليس له أن يأخذ بالشفعة في البيع الصوري ، ولا في البيع الساتر لهبة ، ولا في أي بيع يستر عقداً لا يجيز الأخذ بالشفعة . والأحكام التي اعتبرته غيراً لا تتماشى ، في رأينا ، مع منطلق الغيرية في الصورية على النحو الذي أوضحناه (انظر من هذا الرأي الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات فقرة ١٤ مكررة ب =

بالصورىة حتى لو كان المنتفع حسن النية لا يعلم بصورىة العقد . ذلك أن المنتفع لا يعتبر غيراً فى هذه الصورىة حتى يستطيع التمسك بالعقد الظاهر ، فهو قد استمد

= عكس ذلك الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٠ ص ١٧٧ وهامش رقم ٣) . والظاهر من التحليل الذى قدمناه أن هناك طائفة — غير المتعاقدين والحلف العام — لا تدخل مع ذلك فى طبقة الغير . فهذه يصرى فى حقها العقد الحقيقى ، لأن هذا هو مقتضى تطبيق القواعد العامة ، إذ سريان العقد الصورى إنما يكون استثناء على خلاف القواعد العامة وفى حق طبقة الغير دون غيرها . والشفيع يدخل فى هذه الطائفة المشار إليها ، فيصرى فى حقها العقد الحقيقى لا العقد الصورى . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشفيع إذا أراد الأخذ بالشفعة من المشتري ، وباع المشتري العقار لمشتري ثان ، يستطيع أن يظن فى البيع الثانى بالصورىة ، حتى يأخذ العقار من المشتري الأول بشروط البيع الأول ، وقد تكون أصلح من شروط البيع الثانى (١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٢ ، وانظر أيضاً استئناف أهلى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٦٩ — وقارب : استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١) . وليس هذا معناه أن الشفيع ، إذ يظن فى البيع الثانى بالصورىة ، يكون غيراً ، فهو ليس من طبقة الغير كما قدمنا ، بل يصرى فى حقه دائماً العقد الحقيقى دون العقد الصورى . وهو يتمسك بالبيع الأول لأنه البيع الحقيقى ، ويظن بالصورىة فى البيع الثانى حتى يستبعد سريانه فى حقه . ولو كان الشفيع غيراً ، لجاز له أن يتمسك بالبيع الصورى إذا كانت شروط هذا البيع أفضل له من شروط البيع الحقيقى ، ولكنه لا يستطيع ذلك فى رأينا ، ولا يجوز له أن يأخذ الشفعة إلا على أساس البيع الحقيقى .

وهناك ، غير الشفيع ، أشخاص آخرون يدخلون فى هذه الطائفة التى لا تعتبر من طبقة الغير ، فلا يصرى فى حقهم إلا العقد الحقيقى ، ولهم أن يتمسكوا بصورىة العقد الظاهر . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن الصورىة فى العقود يصح التمسك بها لكل ذى مصلحة ولو لم تكن بينه وبين العاقد رابطة عقدية ، وعلى ذلك يجوز الظن من مشتري العقار بصورىة العقد الصادر ببيع العقار ذاته من بائع آخر إلى مشتري آخر (نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٣ ص ٣٨٢ — انظر أيضاً : استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٢٤) . ومن ذلك أيضاً ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه يجوز للحائز ، ولو لم يثبت أنه مالك ، أن يدفع دعوى الاستحقاق بصورىة البيع الصادر إلى مدعى الاستحقاق (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٦) . ومتى قامت قرائن قضائية تلقى الشك فى جدية البيع ، ينتقل عبء الإثبات إلى من يتمسك بهذا البيع ، وعليه أن يثبت هو أن البيع غير صورى أو أن هذه القرائن القضائية لادلالة لها (استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٦) وللخزانة العامة أن تتمسك بالصورىة إذا تضمن العقد بياناً غير حقيقى للاضرار بها (استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢١٣) — على أنه يجب للتمسك بصورىة العقد الظاهر أن تكون هناك مصلحة شخصية مباشرة لمن يظن بالصورىة فى هذا العقد ، فلا يجوز لناخب التمسك بصورىة عقد يملك مرشح بموجبه النصاب القانونى (نقض فرنسى ١١ أبريل سنة ١٩١٠ سريه ١٩١٢ — ١ — ٩٧ — ١٤ مارس سنة ١٩١١ سريه ١٩١٢ — ١ — ٩٩) =

حقه من هذا العقد ، وشرط الغير في الصورية كما قررنا ألا يكون حقه الذي تراد حمايته من الصورية مصدره العقد الصوري ذاته (١).

(ثانياً) الدائنون الشخصيون (chirographaires) لكل من المتعاقدين طرفي الصورية (٢).

فدائن المشتري في البيع الصوري يعتبر من الغير ، إذ أنه قد اطمأن إلى أن الشيء محل التصرف الصوري قد انتقل إلى المشتري ، فدخل في ضمانه العام ، وله في هذه الحالة أن يتمسك بالعقد الصوري . وكذلك دائن البائع في البيع الصوري يعتبر من الغير ، ولكن لسبب آخر هو أن الشيء محل التصرف الصوري لم يخرج في الحقيقة من ملك البائع ، أي لم يخرج من الضمان العام للدائن ، فللدائن في هذه الحالة أن يتمسك بالعقد الحقيقي (٣) .

ويتبين من ذلك أن الدائنين الشخصيين تارة يعتبرون من الغير في بعض أوضاع قانونية ، وطوراً لا يعتبرون من الغير في أوضاع قانونية أخرى . فهم يعتبرون من الغير في الصورية والدعوى البولصية والقييد (inscription) ، حيث تجب حمايتهم من غش المدين أو حيث يحق لهم أن يطمئنوا إلى المركز الظاهر

= ديموج ١ فقرة ٢٦٥) . ولكن يجوز ذلك لمرشح آخر ينافس المرشح الأول ، إذ أن لهذا المرشح الآخر مصلحة شخصية مباشرة في الطعن بالصورية . قارن في كل ذلك الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٢٨ .

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٣٨١ ص ٥٨٦ هامش رقم ٢ .

(٢) استئناف أهل ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٧ ص ١٤ — ٢٧ ديسمبر ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٤٣ ص ٧٥ — استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٣ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٥ . انظر مع ذلك : استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٧٩ .

(٣) فإذا حكم بصورية بيع سقط دين الثمن في علاقة الدائن الصوري بسائر الدائنين المحكوم لهم بالصورية ، وامتنعت مزاحمة هذا الدائن لهم في تقاضي دينه الصوري من ملك المدين المبطل التصرف فيه ، إلى أن يستوفوا هم دينهم منه ومن غلته بطريق الأولوية (نقض مدني ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٣ ص ٣٤٤) . وإذا باع شخص عيناً لآخر بيعاً صورياً ، فباعها المشتري الصوري هو أيضاً بيعاً صورياً لمشتري ثان ، فإن للبائع الصوري الأول — وهو دائن للمشتري منه بموجب ورقة القصد — يعتبر من الغير بالنسبة إلى للعقد الصوري الصادر من المشتري الأول إلى المشتري الثاني ، فيجوز له إثبات هذه الصورية بجميع طرق الإثبات (نقض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) .

وأن يتعاملوا على مقتضاه . وهم لا يعتبرون من الغير فيما عدا ذلك من الأوضاع القانونية ، كنسبية أثر العقد وحجية الحكم وثبوت التاريخ والتسجيل (transcription) ، فيسرى في حقهم أثر العقد وحجية الأمر المقضى والتاريخ غير الثابت والعقد غير المسجل .

والدائن الشخصى يعتبر من الغير فى الصورية سواء كان حقه مستحق الأداء أو غير مستحق الأداء ، ما دام خاليا من النزاع ، ومركزه فى ذلك كمركزه فى الدعوى غير المباشرة ، بخلاف الدعوى البولصية فقد رأينا أن حقه يجب أن يكون مستحق الأداء.

ولا يشترط كذلك فى الدائن الشخصى للبائع ، حتى يعتبر من الغير فى الصورية ، أن يكون حقه سابقاً على التصرف الصورى ، بل يصح أن يكون تالياً لهذا التصرف ، إذ تصرف المدين الصورى يبقى صورياً حتى بالنسبة إلى الدائنين الذين استجدوا بعد هذا التصرف ، ولا يزال الشيء محل التصرف داخلاً فى الضمان العام للدائنين ، سواء من كان منهم سابقاً على التصرف الصورى ومن كان منهم لاحقاً له^(١). وما قلناه فى الدائن الشخصى للبائع نقوله فى الدائن الشخصى للمشتري ، فهو من الغير سواء كان حقه تالياً للتصرف الصورى أو سابقاً عليه ، فى الحالتين دخل الشيء ظاهراً فى الضمان العام للدائنين^(٢) . وفى هذا أيضاً يتفق مركز الدائن

(١) نقض مدنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٧ ص ١٥٤ - استئناف مختلط

١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٤ .

(٢) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٢١٦ - ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٧٤ - أسبوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/٧٥ - استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٥ - ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٨ - ويقول بلانيول وريبير وأسبان (جزء ٦ فقرة ٣٣٧ ص ٤٦٤ - ص ٤٦٥) إن الأمر إذن ليس مقصوداً على حماية الدائنين الذين كان لهم أن يطمئنوا إلى تصرف ظاهر وقت ثبوت حقهم ، فإن دائن المشتري الذى ثبت حقه قبل صدور البيع الصورى لا يمكن أن يكون قد اطمأن وقت ثبوت حقه إلى أن مدينه مالك للشيء المبيع صورياً ، لأن المدين لم يكن قد اشترى الشيء وقت ذلك ، ولا يستطيع من جهة أخرى أن يستند إلى عقد البيع الذى ملك المشتري بموجبه الشيء فى الظاهر لأنه عقد صورى وليس له وجود قانونى . فهناك إذن فكرة إيقاع عقوبة على متعاقدين يظهران غير مایطنان ، فيؤخذان بما يظهرانه إذا كان للغير مصلحة فى ذلك .

الشخصى فى الصورية مع مركزه فى الدعوى غير المباشرة ويختلف عن مركزه فى الدعوى البولصية .

٦٢٢ - للغير أنه يتمسك بالعقد المستتر: وقد رأينا المادة ٢٤٤

من التقنين المدنى تحدد الغير فى الصورية بأنهم هم دائنو المتعاقدين والخلف الخاص ، على النحو الذى بيناه فيما تقدم ، وتقضى بأن هؤلاء أن يتمسكوا بالعقد المستتر .

والأصل هو أن العقد المستتر - وهو العقد الذى له وجود حقيقى والذى أراده المتعاقدان - هو الذى يسرى ، حتى بالنسبة إلى الغير . أما العقد الظاهر فلا وجود له ، فالأصل فيه أنه لا يسرى ، حتى بالنسبة إلى الغير ، إلا إذا كانت له مصلحة فى ذلك كما سئرى .

فالعقد المستتر هو إذن الذى يسرى فى الأصل فى حق الغير^(١) ، حتى لو كان الغير لا يعلم بوجود هذا العقد فى مبدأ الأمر ، واعتقد أن العقد الظاهر هو عقد جدى^(٢) .

(١) ويتمسك به الغير طبعاً عند تحقق المصلحة له فى ذلك : استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣/١٢٦ - استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ - ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٠ - ١٧ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠١ - ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٣ - ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٣٧ - ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ - انظر أيضاً دى هلتس ١ لفظ acte فقرة ١٠٤ - الأستاذ عبد السلام ذهبى فى الإثبات ص ٣٢٦ وما بعدها .

(٢) وحتى لو كان العقد الظاهر قد تأيد بحكم ، فلا يمنع هذا من الطعن فيه بالصورية ويتمسك بالعقد المستتر (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٤٥ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٧ - ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٦) . وكذلك الدعوى الصورية لاتضر الغير ، وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن على المحاكم أن تحكم ببرد وبطلان كل دعوى يظهر لها أنها صورية ، ولو وافق المدعى عليه فيها ، متى تبين لها أنها لم ترفع إلا بقصد الإضرار بحقوق مكتسبة لآخر (٢١ فبراير سنة ١٩٠١ الحقوق ١٦ ص ١٠٥) . ويجوز للمشتري أن يتمسك بورقة ضد بين البائع والمستأجر للعين المبيعة ، فيطالب المستأجر بالأجرة المذكورة فى ورقة الضد إذا كانت أعلى من الأجرة المذكورة فى عقد الإيجار الظاهر ، أما إذا كانت الأجرة المذكورة فى عقد الإيجار الظاهر هى الأعلى للمشتري أن يتمسك بالعقد الظاهر لأن له مصلحة فى ذلك ويطلب المستأجر بالأجرة الأعلى ، ويرجع المستأجر على البائع بانفرق بين الأجرة الظاهرة والأجرة المستترة (والتون ٢ ص ١٣٦) .

ويترتب على ذلك أن لدائن البائع ، إذا كان البيع صورياً ، أن يتمسكوا بالعقد المستتر حتى يتمكنوا من التنفيذ على العين المبيعة على أساس أنها لم تخرج من ملك البائع^(١). ولهم أيضاً أن يتمسكوا بأن البيع حقيقة هبة مستترة حتى يسهل عليهم الطعن فيها بالدعوى البولصية دون حاجة إلى إثبات الغش . وهذا كله حتى لو لم يثبت حقهم في ذمة البائع إلا بعد صدور البيع الصوري كما أسلفنا الإشارة . وإذا أثبت دائن البائع صورية البيع ، فانه لا يستأثر وحده بالتنفيذ على العين المبيعة ، بل يشترك معه في التنفيذ سائر الدائنين ، ذلك لأن الدائن إنما حصل على حكم يقرر أمراً واقعاً هو أن العين لم تخرج من ملكية المدين ، وبذلك تبقى في الضمان العام لكل الدائنين ، فلا ينفرد الدائن الذي رفع دعوى الصورية بالتنفيذ عليها وحده^(٢) .

= أما أن الشفيع يتمسك بالتمن الحقيقي لا بالتمن الأعلى الوارد في العقد ، فإن ذلك لا يرجع إلى أن الشفيع يعتبر غيراً في الصورية ، ولكن إلى أنه يسرى في حقه دائماً العقد الحقيقي لا العقد الصوري ، وقد تقدم بيان ذلك (انظر عكس هذا الرأي الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٢٩ ص ١٧٦) .

(١) وكانت محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأن على دائن البائع أن يرفع دعوى الصورية مستقلة ليصل إلى تقرير أن عقد البيع صوري لا وجود له ، وبأن هذا من ناحية الإجراءات أدق من أن يطلب الحكم بالصورية في صورة دفع في دعوى استحقاق ترفع أثناء إجراءات التنفيذ (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٥٣) ، ولكنها رجعت عن هذا الرأي فقضت بأنه يجوز للدائن أن يدفع دعوى الاستحقاق بالصورية في صورة دفع لا في صورة دعوى مستقلة (استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٨٩) .

(٢) لارومبير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ — وانظر أيضاً بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٩ ، ولكنهما يعللان هذا الحكم تعليلاً آخر ، فعندهما أن الدائنين إذا استفادوا كلهم من دعوى الصورية فذلك لأن الحكم بالصورية قد صدر في مواجهة المتعاقدين فيسرى في حق دائنيهم . ويتبين مما تقدم أن دعوى الصورية ليست بدعوى بطلان ولا بدعوى فسخ ، وإنما هي دعوى يطلب فيها التقرير بأن العقد غير موجود (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٤) .

ويلاحظ أن بعض الفقهاء يذهبون إلى أن دعوى الصورية لا تفيد إلا الدائن الذي رفعها ، ويستندون في ذلك إلى نسبة الحكم وإلى أن الدائن يرفع الدعوى باسمه (أوبري ورو ٤ طبعة خامسة فقرة ٣١٣ ص ٢٤٢ وهامش رقم ٥٢ — جروبيه فقرة ٣٣٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٤) . ويذهب القضاء اللبناني هذا المذهب ، فعنده أن الدائن وحده هو الذي يستفيد من دعوى الصورية ولا يشترك معه سائر الدائنين (قرار محكمة الاستئناف الغرفة الأولى رقم ٥٤ الصادر في ١٩٤١/١/٢٧ : انظر الدكتور المحصاني في آثار الالتزام في القانون اللبناني ص ٧١) . ولما كانت الاعتبارات التي يقوم عليها هذا الرأي — وهي نسبة الحكم ورفع الدائن الدعوى =

كذلك للخلف الخاص ، الذى كسب حقه من البائع على العين المبيعة صورياً ، أن يتمسك بالعقد المستتر . ومصلحته فى ذلك ظاهرة إذا كان قد كسب حقه بعد صدور البيع الصورى ، حتى يكون كسبه لهذا الحق صحيحاً . وله مصلحة كذلك فى التمسك بالعقد المستتر حتى لو كسب حقه قبل صدور البيع الصورى ، إذا كان هذا الحق لم يشهر على الوجه الذى يوجب القانون قبل تسجيل البيع الصورى ، أو حتى إذا كان قد شهر ولكن الخلف الخاص يريد أن يتجنب إجراءات حق التبعية ولا يتحمل حق التطهير ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . مثل ما قدمنا أن يبيع الراهن العين المرهونة بيعاً صورياً ويكون الدائن المرتهن لم يقيد الرهن قبل تسجيل البيع الصورى ، أو يبيع المالك العين مرة ثانية بيعاً صورياً بعد أن يكون قد باعها بيعاً جدياً ويسجل المشتري الثانى عقده الصورى قبل أن يسجل المشتري الأول عقده الجدى ، فللدائن المرتهن فى المثل الأول ، والمشتري الأول فى المثل الثانى ، أن يتمسكا بالعقد المستتر ويطعنا فى العقد الظاهر بالصورية^(١).

= باسمه - تتفق مع الاعتبارات المتحققة فى الدعوى البولصية ، وكان الدائن فى الدعوى البولصية يستأثر بالتنفيذ على العين فى القانون الفرنسى ، فقد استخلص أصحاب هذا رأى أن الواجب أيضاً فى دعوى الصورية أن يستأثر الدائن بالتنفيذ على العين . أما فى التقنين المدنى المصرى الجديد ، فقد رأينا أن الدائن فى الدعوى البولصية لا يستأثر بالتنفيذ على العين ، فوجب من باب أولى فى دعوى الصورية أن يكون الأمر كذلك .

(١) وأحكام محكمة النقض مضطردة ، كما رأينا عند الكلام فى الدعوى البولصية (انظر آنفاً فقرة ٥٨٨ فى الهامش) ، فى أن القانون لا يمنع المشتري الذى لم يسجل عقده من أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر الذى سجل ، ليتوصل بذلك إلى نحو هذا العقد من الوجود ، لى يحكم له هو بصحة عقده ، ولكى يسجل هذا الحكم فتنقل إليه ملكية العين المبيعة (نقض مدنى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ ص ٤٠٥ — انظر أيضاً : نقض مدنى ٣ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٧ ص ١٨٣ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمى فى ص ١٩٤ — ص ١٩٥ — ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٣٤ — ٦ يونيو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩١ ص ١٨٨ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٢ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢ — ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦ — استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٢٦/٣) . كلك لا يحتج على المشتري الجدى بتسجيل المشتري الصورى ، حتى لو كان المشتري الجدى اشترى بمقد ابتدائى وفسخ هذا العقد ، لأن المشتري الجدى فى هذه الحالة يصبح دائناً للبائع الصورى ، وله هذه الصفة الطعن بالصورية فى البيع الصورى المسجل . وقد قضت محكمة النقض بأنه =

٦٢٣ — ولنغير أيضاً أنه يتمسك بالعقد الظاهر إذا كانت له مصلحة

في ذلك : على أن الغير قد يضره التمسك بالعقد المستتر ، وتكون مصلحته في أن يتمسك بالعقد الظاهر . وقد قضت المادة ٢٤٤ ، كما رأينا ، بأن الغير — دائي المتعاقدين والخلف الخاص — له أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية ^(١) . وهنا تبرز أهم قاعدة في الصورية ، وهي القاعدة التي تميز الصورية عن غيرها من الأوضاع القانونية . فإلى هنا لم نزد على أن كنا نقرر القواعد العامة ، وليس في تمسك الغير بالعقد المستتر إلا تطبيق لهذه القواعد ، فأن العقد المستتر هو العقد الحقيقي ، فهو الذي يسرى كما سبق القول . أما أن يجوز للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر — العقد الذي لا وجود له قانوناً — فهذا هو الاستثناء . ولكنه استثناء يطنى في كثير من الأحوال على القاعدة ، ويصبح للغير أن يختار بين العقد المستتر أو العقد الظاهر حسب مصلحته . وهو إذا تمسك بالعقد

= متى كان الواقع هو أن الطاعن قد أقام الدعوى يطلب فيها الحكم أولاً بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له من المطعون عليه الثاني ، وثانياً ببطالان عقد البيع المسجل الصادر من هذا الأخير إلى المطعون عليه الأول واعتباره كأن لم يكن لصوريته ، وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض دعوى الطاعن أقام قضاءه على أساس أن الحكم بفسخ العقد الابتدائي المبرم بين الطاعن والمطعون عليه الثاني يترتب عليه تبعاً رفض هذه الدعوى ، مع أن الحكم بفسخ العقد المذكور لا يستتبع رفض الدعوى المقامة من الطاعن يطلب إبطال العقد الصادر من المطعون عليه الثاني إلى المطعون عليه الأول للصورية ، ومن ثم فإن الحكم إذ قضى بذلك أخطأ في تطبيق القانون ، لأن من حق الطاعن بوصفه دائئاً للمطعون عليه الثاني بما عجله له من الثمن أن يطمئن في تصرفات مدينه الصورية ، وكان لزاماً على المحكمة أن تتناول بالبحث والتمحيص ما قدمه الطاعن من أدلة على الصورية وتفصل فيها (نقض مدني ١٣ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠٩ ص ٦٣٥) .

وغنى عن البيان أنه إذا تمسك الغير بالعقد المستتر ، فلا بد من أن يستوفى هذا العقد الشهر الواجب قانوناً من تسجيل أو قيد (نقض فرنسي ١٧ يناير سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧ — ١ — ٢١) .
(١) نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٨ ص ٣١٤ —
فالعقد المستتر لا يسرى ضد مصلحة الغير (contre les tiers) كما تقول المادة ١٣٢١ من التقنين المدني الفرنسي — انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٤٣ — ص ٦٤٥ — وانظر : استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ —
١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٣ — ٢٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٣٥ — ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ .

المستتر ، فلأنه العقد الحقيقي الذى أرادته المتعاقدان ، فيأخذها بما أرادا .
وإذا تمسك بالعقد الظاهر ، فلأن هذا العقد قد خلق مظهراً اتخذ به واطمان
إليه ، وليس للمتعاقدين أن يستفيدا من غشهما في علاقتهما بالغير . فالعقد
المستتر يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة ، والعقد الظاهر يقتضيه مبدأ استقرار
التعامل . ومما يدل على أن الاستثناء يطفى في كثير من الأحوال على القاعدة
ما سنرى من أنه إذا تعارض الاستثناء مع القاعدة ، وتمسك أحد الأغيار بالعقد
الظاهر وتمسك « غير » آخر بالعقد المستتر ، فإن التمسك بالعقد الظاهر —
أى بالاستثناء — هو الذى ترجح كفته .

فللغير إذن أن يتمسك بالعقد الظاهر^(١) إذا تحققت له مصلحة في ذلك^(٢).
ومن ثم يكون لدائن المشتري في البيع الصورى أن يتمسك بالعقد الظاهر ، حتى
يتمكن من التنفيذ على العين التى اعتبرت بالنسبة إليه داخلة في ملك المشتري
بموجب العقد الظاهر ، ولو كان حق هذا الدائن ثابتاً في ذمة المشتري قبل صدور
البيع الصورى كما سبق القول^(٣). ولا يستأثر دائن المشتري بالتنفيذ على العين ،
بل يشترك معه في ذلك سائر دائنى المشتري ، لنفس الأسباب التى قدمناها في دائن

(١) نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٧ ص ٧٣٤ —
والدائن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كان يعمل باسمه ، أما إذا كان يعمل باسم مدينه عن طريق الدعوى
غير المباشرة ، فانه لا يستطيع أن يتمسك إلا بالعقد المستتر كدينه (نقض فرنسى ٢٣ مايو
سنة ١٨٧٠ دالوز ٧١—١—١٠٩) .

وإذا فرض أن المدين التزم بالعقد المستتر أن يدفع مبلغاً أكبر مما هو مذكور في العقد الظاهر ،
ودفع هذا المبلغ بالفعل ، فليس للدائن أن يسترد الفرق بين المبلغين بحجة أنه يتمسك بالعقد الظاهر
(نقض فرنسى ٣ يوليه سنة ١٨٨٢ سيريه ٨٢—١—٤٥٩) .

(٢) استئناف مصر ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣٧ ص ٣١٧ — اسكندرية
الكلية الأهلية ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٩٦ ص ٢٥٢ — أسيوط الكلية
١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٧٥ — شين الكوم الكلية ٢٢ أبريل
سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٥٠٤ ص ١٠٥ — أسيوط الكلية ٢٨ يونيه سنة ١٩٣١
المحاماة ١٢ رقم ٤٣٨ ص ٨٨٧ — استئناف مخطوط ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٣ —
٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٥ — ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢١٥ — أول ديسمبر
سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٨٢ ص ٨٤ — ٥ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٧٨ .

(٣) كذلك للدائن أن يطلب إخراج دائن آخر بعقد مستتر من مقاسمته مال المدين ، متمسكاً
بالظاهر وهو انعدام المديونية ، فلا يسرى عليه بذلك عقد الدين المستتر (نقض فرنسى ٨ مارس
سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣—١—٢٤٣) .

البائع . كذلك للخلف الخاص الذى كسب حقه من المشتري أن يتمسك بالعقد الظاهر . مثل ذلك دائن مرتين من المشتري^(١) ، أو صاحب حق ارتفاق ، أو صاحب حق انتفاع ، أو مشتر ثان^(٢) ، كل هؤلاء لهم أن يتمسكوا بالعقد الظاهر ، فيعتبر الحق العيني قد انتقل إليهم من مالك^(٣) .

ولما كان أساس تمسك الغير بالعقد الظاهر هو كما قدمنا اطمئنانه إلى هذا العقد ، فمن البديهي إذن أنه يجب لتمسكه بالعقد الظاهر أن يكون حسن النية ، أى لا يعلم وقت تعامله مع المالك الظاهر أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري ، بل اعتقد أنه عقد جدى واطمأن إليه وبني عليه تعامله . أما إذا كان عالماً وقت تعامله بصورية العقد الظاهر ، فليس ثمة مبرر لحمايته ، وكان العقد الذى يسرى فى حقه هو العقد الحقيقى ، شأنه فى ذلك شأن المتعاقدين^(٤) . فلا بد إذن أن

- (١) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٩٣ .
 (٢) استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢١٥ . وقد قضت محكمة أسيوط الكلية بأنه إذا كان البيع الأول صورياً ، وكان المشتري الثانى حسن النية ، فعقده صحيح ولو لم يضع يده خمس سنوات ، لأنه تعامل مع المالك الظاهر ، ولأن العدالة تقضى باستقرار المعاملات وتأمينها (١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٧٥ — والتون ٢ ص ١٣٦) .
 (٣) حتى لو كان العقد المستتر قد شمر قبل شهر حقهم العيني ، ماداموا يشبتون أنهم كانوا يجهلون وجود العقد المستتر وقت تعاملهم مع المشتري الظاهر بالرغم من شهره ، وستأق الإشارة إلى ذلك (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤١٢ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٦٥) . وإذا كان المبيع بيعاً صورياً منقولاً ، وتصرف فيه المشتري الصوري إلى مشتر ثان حسن النية ، انتقلت الملكية إلى المشتري الثانى دون حاجة إلى أن يتسلم المبيع ، لأن الملكية إنما انتقلت إليه بحكم البيع الثانى وفقاً لقواعد الصورية ، فلا حاجة به إلى الحيازة (قارن الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٧٠) .

- (٤) استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣٧ ص ٣١٧ — بنى سويف الكلية ٦ أكتوبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٧ ص ١٧٢ — استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٨٨ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٩٦ — ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٢٠ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٥ — أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٨ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٣٤٧ — هيك ٨ فقرة ٢٣٢ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤١١ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٣٣٧ — وشرط حسن نية الغير يقرب دعوى الصورية من الدعوى البولصية ، فكما يجوز أن يظن الدائن بالدعوى البولصية فى تصرف مدينه الصادر إلى الغير سوء النية ومنه إلى خلف سوء النية أيضاً ، كذلك يجوز لدائن البائع أن يظن بالصورية فى التصرف الصادر من البائع إلى المشتري ولو باع المشتري العين لمشتري ثان سوء النية (استئناف أملى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣٣) .

يكون الغير جاهلاً بصورية العقد الظاهر حتى يستطيع أن يتمسك به . ويمكن أن يجهل هذه الصورية وقت تعامله ، حتى لو علم بها بعد ذلك . فإذا كان دائماً شخصياً للمشتري وكان التصرف الصوري سابقاً على حقه ، وجب أن يكون وقت أن أصبح دائماً للمشتري قد اعتقد أن التصرف الصوري الذي سبق حقه إنما هو تصرف جدي ، وقد اطمأن إليه على هذا الاعتبار . وكذلك الحال لو انتقل إليه حق عيني من المشتري بعد صدور التصرف الصوري ، فيجب وقت انتقال الحق العيني إليه أن يكون معتقداً جدية التصرف الصوري . وقد قدمنا أن الغير قد يكون حقه ، شخصياً كان أو عينياً ، سابقاً على التصرف الصوري ، ففي هذه الحالة يكون حسن النية المطلوب منه هو أن يكون قد اعتقد وقت علمه بصدور التصرف الصوري أن هذا التصرف جدي ، فاطمأن إليه على هذا الاعتبار . والمفروض أن الغير حسن النية لا علم له بالعقد المستتر ، وعلى من يدعى عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه (١) . ولما كان العلم بالعقد المستتر واقعة مادية ، فإنه يجوز إثباتها بجميع الطرق ، بما في ذلك البيئة والقرائن (٢) .

(١) الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٠ ص ١٧٨ وهامش رقم ٣ .
(٢) وشهر العقد المستتر قرينة على العلم به (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٦ ص ١٠٦٣ — استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٥٩ م ٢١ ص ٣٨٤ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٨٨) . ولذلك يصعب تحقق الصورية في العقود الواجب شهرها ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك . على أن هذه القرينة ، في رأينا ، ليست قاطعة ، فيستطيع الغير أن يثبت أنه كان وقت تعامله لا يعلم بالعقد المستتر بالرغم من شهره (انظر من هذا الرأي ديموج ١ فقرة ١٦١ ص ٢٦٤ — وقارن بيدان ولا جارد ٩ فقرة ٩٨١ ص ٧٢ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٠ ص ١٧٨ وهامش رقم ٤ : ويذهبون إلى أن الغير لا يستطيع إثبات عدم علمه بالعقد المستتر المسجل) ، هذا ويصبح أن يواجه الغير بالعقد المستتر متى ثبت علمه به ، حتى لو كان هذا العقد غير مسجل (نقض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) .

ولو اشترك شخص في تحرير العقد الظاهر ، ولو بصفته شاهداً ، وتواطأ مع المتعاقدين على الصورية ، فإنه يكون بمنزلة المتعاقدين لا يستطيع إثبات صورية العقد المكتوب إلا بالكتابة . وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس هناك ما يمنع من حرر عقد البيع بخطه ، ووقع عليه بصفته شاهداً ، من أن يظعن فيه بالصورية ، متى كان يستند في طعنه إلى دليل كتابي ، ومتى كان هذا الطلب موجهاً ضد طرفي العقد اللذين اشتركا معه في الصورية لا ضد غيرهما من يمكن أن تضار مصالحهم بصورية يجهلونهما (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة صر ٣ رقم ٢٢ ص ٥١) . هذا وقد خرجت محكمة الاستئناف المختلطة على المبادئ المتقدمة ، فقضت في حكم شاذ بأنه لا يجوز لطرفي العقد الصوري أن يثبتا بالبيئة علم الغير بالصورية (١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٣) .

٦٢٤ - التعارض بين غير متمسك بالعقد الظاهر وغير متمسك

بالعقد المستتر : ولما كان الغير له أن يتمسك بالعقد الظاهر أو بالعقد المستتر وفقاً لمصلحته ، فانه يقع كثيراً أن يقوم تنازع فيما بين الأختار لتعارض المصلحة . ويمكن أن نفرض في بيع صوري أن يكون للبائع دائن وللمشتري دائن . فدائن البائع مصلحته أن يتمسك بالعقد المستتر ، ودائن المشتري مصلحته أن يتمسك بالعقد الظاهر . ولا يمكن أن نأخذ بالعقدين معا ، فلا بد إذن من تغليب إحدى المصلحتين . فاما أن نحرص على احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين فنغلب مصلحة دائن البائع أو من كسب حقاً عينياً من البائع ونأخذ بالعقد المستتر ، وإما أن نعني بثبات التعامل واستقراره فنغلب مصلحة دائن المشتري أو من كسب حقاً عينياً من المشتري ونأخذ بالعقد الظاهر . ولم يكن في التقنين المدني السابق نص في هذه المسألة ، فانقسمت الآراء ، بعض يأخذ بالعقد المستتر (١) . والغالبية تأخذ بالعقد الظاهر (٢) .

- (١) استئناف أهلى ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣ - استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٢ - ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٦ - ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٤ - ٩ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٩٦ - نقض فرنسى ٢٥ يونيو سنة ١٨٤٧ دالوز ٤٧ - ١ - ٣٤٢ - لوران ١٦ فقرة ٤٩٩ - والتون ٢ ص ١٣٩ .
- (٢) فتحى زغلول ص ١٤٣ - ص ١٤٤ - محمد صالح فى أصول التمهيدات فقرة ٣١٥ ص ٢٧٤ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥٧ ص ٨٤١ - الموجز للمؤلف فقرة ٢٣٥ ص ٢٦٠ - أحمد حشمت أبو سنيت فى نظرية الالتزام فقرة ٦٥٢ - أسبوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٥٠ ص ٤٣٧ - ٢٨ يونيو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٣٨ ص ٨٨٧ - استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢١٩ - ٢٠ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٨٢ - ٣٠ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٣ - ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢١٥ - انظر أيضاً فى اشتراط حسن نية خلف المشتري الظاهر لتقديمه حل خلف البائع : استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٤ - ١٦ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢١٩ - ٢٠ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٨٢ - وهذا هو رأى محكمة النقض الفرنسية وجمهور الفقهاء الفرنسيين : نقض فرنسى ٢ فبراير سنة ١٨٥٢ دالوز ٥٢ - ١ - ٤٩ - ٢٠ يوليو سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٣٩٢ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٤٣٣ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٩ دالوز ١٩٤٠ - ١ - ١٢ - هيك ٧ فقرة ٢٣٢ - بودرى وبارد ١ فقرة ٧٤٠ ص ٧٦٦ - ديموج ١ فقرة ١٦٣ - بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٣٣٩ ص ٤٣٦ - ص ٤٣٧ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٦٠٧ - كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٩٤ ص ١٤٧ .

وقد حسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٤ ، كما رأينا ، على أنه « إذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين » . وبذلك أيد التقنين الجديد الرأى الذى ذهبت إليه الغالبية ، لاعتبارات تتعلق باستقرار التعامل^(١) . ويترتب على ذلك أن دائن المشتري فى البيع الصورى يفضل على دائن البائع ، فىقوم هو دون دائن البائع بالتنفيذ على العين المبيعة صورياً ، متمسكاً بالعقد الظاهر إذ هو فى مصلحته . ويمتنع على دائن البائع أن ينفذ على هذه العين وأن يتمسك بالعقد المستتر^(٢) . ويترتب على ذلك أيضاً أن من كسب حقاً عينياً من المشتري الظاهر يفضل على من كسب حقاً عينياً من البائع الظاهر . فلو أن البائع بعد أن صدر منه البيع الصورى باع مرة أخرى بيعاً جدياً لمشتري آخر وسجل هذا المشتري عقده ، ثم باع المشتري الظاهر بعد ذلك العقار بيعاً جدياً لمشتري ثان ، فإن المشتري من المشتري يفضل على المشتري من البائع بالرغم من أن هذا الأخير قد سجل أولاً ، لأن كلا منهما لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى التسجيل حتى يفضل السابق إليه ، إذ هما لم يتلقيا الحق من شخص

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : « ويناط الحكم عند تنازع ذوى المصالح المتعارضة على هذا الوجه بفكرة استقرار المعاملات . فإذا تمسك دائن البائع فى العقد الظاهر بورقة الضد ، وتمسك دائن المشتري بهذا العقد ، كانت الأفضلية للأخير لاعتبارات تتعلق بتأمين ذلك الاستقرار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٤٦) .

(٢) وهناك رأى فى عهد التقنين المدنى السابق يفضل دائن البائع فى بيع صورى على الموهوب له من المشتري ، لأن تفضيل الموهوب له يؤدى إلى اغتنائه على حساب الدائن (والتون ٢ ص ١٤٠ — الموجز للمؤلف فقرة ٢٣٥ ص ٢٦٠ هامش رقم ١) .

ويترتب على تغليب العقد الظاهر أن دائن المشتري الظاهر ، حتى لو كان حقه ثبت فى ذمة المشتري قبل صدور البيع الصورى ، أى فى وقت لم يكن يعتمد فيه على ملكية مدينه الصورية ، يفضل فى استيفاء حقه من العين على دائن البائع . وهذه نتيجة يصعب تبريرها ، لا سيما إذا لوحظ أنه لو كان البيع الصورى بيعاً جدياً لأمكن لدائن البائع أن يطعن فيه بالدعوى البولصية فيفضل فى استيفاء حقه من العين على دائن المشتري ، فكيف يكون حق دائن البائع على مال مدينه عند تصرف المدين فى هذا المال تصرفاً صورياً أقل نفاذاً من حقه على هذا المال عند تصرف المدين فيه تصرفاً جدياً ! هذا الاعتراض يقوم وجيهاً من ناحية المبدأ ، ولكن سنرى من الناحية العملية أن لدائن البائع فى هذه الحالة أن يتخلى عن الطعن بالصورية فى العقد الظاهر ، ويعتبره عقداً جدياً ، فيستطيع الطعن فيه بالدعوى البولصية ، ولا يسرى فى حقه تصرف صورى كان لا يسرى لو أنه كان جدياً .

واحد . وإنما نحن بصدد تنازع ما بين الأغيار بالنسبة إلى الصورية لا بالنسبة إلى التسجيل ، فنأخذ بالعقد الظاهر ، ونفضل المشتري من المشتري على المشتري من البائع ، ولا عبرة بالأسبقية في التسجيل^(١) . على أن المشتري من المشتري لا تنتقل إليه الملكية إلا إذا سجل عقده ، وإن كان يفضل على المشتري من البائع ولو تأخر عنه في التسجيل^(٢) .

المبحث الثالث

الصورية من حيث الدعوى وطرق الإثبات

§ ١ - من حيث الدعوى

٦٢٥ - الخصوم في دعوى الصورية : قد ترفع دعوى الصورية من أحد طرفي العقد الصوري على الطرف الآخر يطعن في العقد بالصورية ، وفي هذه الحالة يجب ادخال من له مصلحة في التمسك بالعقد الصوري في الدعوى ، كخلف المشتري الظاهر إذا كان سبيء النية^(٣) . وقد يكون الطعن بالصورية

(١) بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٣٣٩ ص ٤٣٦ - ص ٤٣٧ - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٢ - قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٥ ص ٣٠٩ - ص ٣١٠ .
(٢) وقد سبق أن أشرنا (أنظر آتياً فقرة ٦١٨ في الهامش) إلى أن الأستاذ فلاتيه (Flattet) في كتابه «العقود لحساب الغير» يجعل من البائع والمشتري الصوريين شريكين في حق واحد (cotitulaires du droit) . فهو يكيف الصورية على أساس أنها وسيلة للتعاقد لحساب الغير (pour le compte d'autrui) . ذلك أن المشتري الصوري يستطيع أن يتصرف في العين التي اشتراها صورياً للغير حسن النية ، فينفذ تصرفه في حق المالك الحقيقي ، وهو البائع الصوري . فكأن المشتري الصوري يتعاقد مع الغير لحساب المالك الحقيقي . وتصبح العين محل التصرف الصوري لها صاحبان (deux cotitulaires) : مالك حقيقي (وهو البائع الصوري) ومالك صوري (وهو المشتري الصوري) . ويستطيع المالك الصوري أن يتصرف في العين طبقاً لتعليمات يتلقاها من المالك الحقيقي ، أو من تلقاء نفسه دون تعليمات . ومن ثم يكون للمالك الصوري سلطة على العين أوسع بكثير من سلطة النائب (أنظر في هذه التحليلات الطريقة فلاتيه في التعاقد لحساب الغير فقرة ١٢٠ - فقرة ١٣٣) .

(٣) استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢١ - ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٨٤ - ٣ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٠٣ - ٢٢ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ = م ٧٠ الوسيط - ج ٢)

في صورة دفع في دعوى يرفعها أحد طرفي العقد الصوري على الطرف الآخر بموجب العقد الظاهر، ويجوز إبداء هذا الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى^(١).

وقد تكون الدعوى مرفوعة من الغير على الطرفين، فيطعن الغير في العقد الظاهر بالصورية ويتمسك بالعقد المستتر، لوجود مصلحة له في ذلك، ويجب في هذه الحالة إدخال كل من طرفي الصورية خصماً في الدعوى^(٢).

وقد يرفع الدائن دعوى الصورية باسم مدينه، وفي هذه الحالة لا يكون الدائن من الغير ولا يجوز له إثبات الصورية إلا بالطرق التي يستطيع بها المدين إثبات ذلك، ويجوز للخصم أن يتمسك بالدفع التي كان يتمسك بها قبل المدين^(٣).

ومن يدعى الصورية هو الذي يتحمل عبء إثبات ذلك^(٤)، على النحو الذي

سنبينه فيما يلي :

= ص ١٧٢ — ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٦٠ . على أنه إذا طعن ناظر الوقف في عقد إيجار بالصورية ومات في أثناء الدعوى، فإن خلفه يستمر في الدعوى دون حاجة لإدخال ورقة الناظر السابق (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٥٦) .

(١) استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩١ — ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٣٠٩ — ولكن لا يجوز إبداء هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض، بعد أن اعترف الخصم ضمناً بجدية العقد أمام محكمة الموضوع وذلك بعدم طعنه فيه بالصورية . وقد قضت محكمة النقض بأن من طلب إبطال عقد بيع بدعوى أنه هبة محررة في عقد عرني لا يجوز له، بعد أن سلم له خصمه بالبطلان متمسكاً بوضع اليد المدة الطويلة، وناقشه هو في ذلك، أن يبني طعنه أمام محكمة النقض على صورية هذا العقد، لأن الصورية دفع جديد مغاير كل المغايرة لطلب البطلان بسبب شكل العقد، فلا سبيل لطرحه لأول مرة أمام محكمة النقض (نقض مدني ٢ مارس سنة ١٩٢٣ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٩٩) .

(٢) استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢١ — ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٨٤ .

(٣) هيك ٧ فقرة ٢٣٠ ص ٣٠٩ — بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٤ — أما إذا رفع الدائن الدعوى باسمه اعتبر من الغير، ولا يتمسك قبله بالدفع الجائزة قبل مدينه (استئناف مختلط ٧ يونيو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٦) .

(٤) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٧٥ — ١٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٠ — ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٢ . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يتعين على المحاكم احترام العقود حسب نصوصها، مالم تقم قرائن قوية يستدل منها على أن المتماقدين قصداً شيئاً آخر خلاف الملون بالعقد (٢٦ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٤٠) .

٦٢٦ - أمر الحكم الصادر في دعوى الصورية : والحكم الذي يصدر

في دعوى الصورية لا يسرى على الخصمين وحدهما، بل يتعدى أثره إلى الدائنين .
فاذا حكم بصورية عقد : وكان الخصم في الدعوى دائناً لأحد طرفي العقد ،
استفاد الدائنون الآخرون من هذا الحكم ، واستطاع كل منهم أن يتمسك به
دون أن يدخل خصماً في الدعوى . وكذلك لو كان الخصمان هما طرفا العقد، فإن
الدائنين يستطيعون التمسك بالحكم^(١) .

والحكم في صورية العقد حكم في مسألة موضوعية ، فلا رقابة فيها لمحكمة
النقض^(٢) .

٦٢٧ - عزم تقادم دعوى الصورية : ودعوى الصورية ذاتها

لا تسقط بالتقادم ، سواء رفعت من أحد طرفي العقد الصوري أو من الغير ،
لأن المطلوب إنما هو تقرير أن العقد الظاهر لا وجود له ، وهي حقيقة قائمة
مستمرة لم تنقطع حتى يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها .

أما إذا كانت دعوى الصورية تتضمن دعوى أخرى ، كما إذا طعن الورثة

(١) ويدلل لارومبير ذلك بأن الحكم بصورية العقد قد قرر أن العقد الظاهر غير موجود ،
وأن العين الذي وقع عليها التصرف الصوري لم تخرج بتاتاً من ملك المدين ، فيستفيد من ذلك
الدائنون مادامت هذه العين لم تنقطع عن أن تكون داخلة في الضمان العام لحقوقهم (لارومبير ٢
م ١١٦٧ فقرة ٦٣) . ولكن الأستاذين بودري وبارد لا يريان ، كما قدمنا (انظر آنفاً
فقرة ٦٢٢ في الهامش) ، أن هذا تعليل صحيح ، ويذهبان إلى أن الدائنين إنما يتمسكون
بالحكم باعتبار أن الخصوم يمثلونهم في الدعوى (بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٩) .
وقد سبقت الإشارة (انظر آنفاً فقرة ٦٢٢ في الهامش) إلى أن بعض الفقهاء يذهبون إلى
أن دعوى الصورية إذا رفعها الدائن لا يستفيد منها باقي الدائنين ممن لم يدخلوا في الدعوى (أوبري
ورو ٤ طبعة خامسة فقرة ٣١٣ ص ٢٤٢ وهامش رقم ٥٢ - جروبيه فقرة ٣٣٩ - بلانيول
وربيير وردوان ٧ فقرة ٩٧٤) .

(٢) نقض مدني ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٤١٤ ص ٨٣٩ - ١١ مايو سنة
١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨١ ص ٥٥٣ - ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤١
ص ٣٨٩ - أول يونيو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٤١ ص ٥٦٩ - هذا ما لم
يقرر القانون قرائن تعرف بها صورية العقد ، فيجب على محكمة الموضوع ، تحت رقابة محكمة
النقض ، الأخذ بها إذا كانت قرائن قاطعة (ديموج ١ ص ٢٧٥ بلانيول وربيير واسمان ٦
فقرة ٣٤٣) .

في الهبة الصادرة من مورثهم بالبطلان وكانت مستترة في صورة عقد بيع ، فان هناك دعويين : أحدهما متعلقة بصورية عقد البيع وهذه لا تسقط بالتقادم ، والأخرى متعلقة بالطعن في عقد الهبة (وهو العقد المستتر) بالبطلان وهذه تسقط بالتقادم شأنها في ذلك شأن سائر دعاوى البطلان (١) .

§ ٢ - من حيث طرق الإثبات (٢)

٦٢٨ - هاتاه : تختلف طرق إثبات الصورية بحسب ما إذا كانت الدعوى مرفوعة من أحد الطرفين أو ممثل له (كالوارث والدائن الذي يرفع الدعوى باسم المدين) ، أو كانت مرفوعة من الغير .

٦٢٩ - الحالة الأولى - الدعوى مرفوعة من أحد الطرفين

أو ممثل له : يراد في هذه الحالة إثبات العقد المستتر فيما بين الطرفين والورثة (٣) . فلا يثبت إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها (٤) إذا زادت قيمة الالتزام في العقد المستتر على عشرة جنيهات (٥) ، ما لم يكن هناك غش واحتيال على القانون

(١) بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٣٤٥ .

(٢) انظر ما سبق أن قدمناه في قسم الإثبات في إثبات الصورية (فقرة ٢٠٣ - فقرة ٢٠٤ أنفا) .

(٣) نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٦ ص ٢٩٧ .

(٤) نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٨ ص ٣١٤ .

(٥) استئناف مصر ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٤٠ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ رقم ٣٥٨ ص ٤١٥ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٠ ص ١٣٤ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٣٤٤ ص ٤١١ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١٨١ ص ٢٥١ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٦٢ ص ٧٦١ - ٢١ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٧٢ ص ١٢٢ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٥٤ ص ٥٦٤ - نقض جنائي ٤ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٧ رقم ١٤٢ ص ٢٠٠ - استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٤٢ - ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٩٠ - ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٠ - ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠١ - ٢٢ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣١ ص ١٣٦ -

فيجوز في هذه الحالة الإثبات بجميع الطرق (١). أما إذا لم تزد قيمة الالتزام

= ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٨٠ — ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٨ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ — ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥ — ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩٠ — ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ — ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠ . وقد سبقت الإشارة إلى أكثر هذه الأحكام في قسم الإثبات : أنظر آنفاً فقرة ٢٠٣ في الهامش . هذا ولا يجوز القول بأن الصورية غش فيجوز إثباته بجميع الطرق ، فقد قدمنا أن هناك فرقاً بين الصورية والغش (استئناف أهلى ٥ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢١٦) .

(١) استئناف أهلى أول مارس سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٤٧ — ٩ يونيو سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٦٢ — استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٤٢ — نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥ . وقد سبقت الإشارة إلى هذه الأحكام في قسم الإثبات (انظر آنفاً فقرة ٢٠٣ في الهامش) . وانظر أيضاً الأحكام التى أوردناها في قسم الإثبات عند الكلام في الاحتيال على القانون (آنفاً فقرة ٢٠٤) وإذا تم التحايل على القانون لمصلحة أحد المتعاقدين ضد مصلحة المتعاقد الآخر ، جاز لهذا المتعاقد الآخر ولوارثه من بعده أن يثبت العقد المستتر بجميع الطرق : فيثبت بجميع الطرق أن حقيقة البيع هبة دفع إليها بائع غير مشروع (استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٤ ص ٦٩) ، أو أن الرهن وضع في صورة بيع للتحايل على قانون خمسة الأفدنة (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣١٤) ، أو أن المبلغ المذكور في السند يتضمن فوائد ربوية (نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٢ ص ٣٩٠ — استئناف مصر ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٢٦ ص ٣٢٤ — ٣١ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ ص ٧٠) ، أو أن تاريخ العقد قد قدم ليكون سابقاً على تاريخ الحجر فيعصم العقد من الإبطال (نقض مدنى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٨ ص ٥٠٧ — استئناف مصر ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ٤٧ ص ٧٠ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ٤٨ ص ٧٢ — استئناف الاسكندرية ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٤٢٧ ص ١٠٤٧) ، أو أن ديناً مدنياً محضاً كتب عنه أنه سلم للمدين بصفة أمانة حتى يهدد المدين بالمحاكمة الجنائية إذا تأخر من الدفع (جرجا ١٤ يونيو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٩ ص ٨٧) . أما إذا تم التحايل على القانون دون أن يكون هذا التحايل ضد مصلحة أحد المتعاقدين ، فلا يجوز لأى منهما أن يثبت العقد المستتر إلا وفقاً للقواعد العامة للإثبات ، إذ لا يوجد هنا ما يمنع المتعاقدين من كتابة ورقة ضد ما دام التحايل لم يوجه ضد مصلحة أحد منهما . فلا يجوز للمشتري أن يثبت إلا بالكتابة أن الثمن المكتوب في عقد البيع أكبر من الثمن الحقيقى بقصد منع الشفيع من الأخذ بالشفعة ، أما الشفيع نفسه فيستطيع إثبات الثمن الحقيقى بجميع الطرق (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) ، مع أنه ليس من الغير كما قدمنا ، وذلك لأنه هو الذى قصد بالتحايل الأضرار به ولأن البيع يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية كما سبق القول . ولا يجوز للبائع أن يثبت إلا بالكتابة أن الثمن المكتوب في عقد البيع أقل من الثمن الحقيقى تخففاً من رسوم التسجيل ، أما الخزانة فتستطيع إثبات الثمن الحقيقى بجميع الطرق ، =

على عشرة جنهات ، فانه يجوز إثبات العقد المستر بجميع الطرق ، إلا إذا كان

= مع أنها ليست من الغير كما أسلفنا الإشارة، وذلك لأنها هي التي قصد بالتحايل الأضرار بها ولأن البيع يعتبر بالنسبة إليها واقعة مادية . ولا يجوز للمورث أن يثبت بغير الكتابة أن عقد البيع المكتوب الصادر منه لأحد الورثة حقيقته وصية ، أما للورثة الآخرون فيستطيعون إثبات ذلك بجميع الطرق ، مع أنهم ليسوا من الغير في الصورية ، لأن التصرف قد صدر إضراراً بحقوقهم في الإرث فيكون تحايلاً على القانون (نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٤ ص ٤٩٤ — ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٩ ص ٢٤٩ — استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ رقم ٣٥٨ ص ٤١٥ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٦٢ ص ٧٦١ — أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ — ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٠٩ ص ٣٧٧ — ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩١ ص ٦٢٧ — ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٥٧ ص ١٣٢ — استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٨ — ١٦ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٧ — أما في التصرفات التي لا تضر بحقوقهم في الإرث فالورثة يحلون محل مورثهم ويتقيدون بطرق الإثبات التي يتقيد بها : استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١١٣ — الزقازيق الكلية ٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٩١ ص ١٧٥) . وقد قدمنا أن الورثة يستطيعون أيضاً ، لنفس الأسباب السالفة الذكر ، أن يثبتوا بجميع الطرق أن تاريخ التصرف الصادر من مورثهم قد قدم لإخفاء أن هذا التصرف قد صدر في مرض الموت .

وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً للمبادئ المتقدمة بأنه إذا وكل شخص آخر في إيجار عين مملوكة له ، فتواطأ الوكيل مع مستأجر صوري غشاً للأضرار بحقوق الموكل ، جاز للموكل أن يثبت هذه الصورية التدليسية المبنية على الغش والتواطؤ بجميع طرق الإثبات ومنها القرائن (نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥) . وقضت أيضاً بأنه إذا تمسك المدين بأن الإيصال المحرر عليه بقبض ثمن المنقولات التي تعهد بصنعها هو والفاتورة الموقع عليها منه أيضاً ببيان مفردات تلك المنقولات إنما حررا خدمة للمدعية لتقديمهما للمجلس الحسبي ليرخص لها في صرف المبلغ الوارد بالإيصال ، فاعتبرت المحكمة هذا دفعاً منه بالصورية ، ولم تأخذ به على أساس أن الصورية لا تثبت بين المتعاقدين إلا بالكتابة وهو لم يقدم كتابة ما ، فإنها لا تكون قد أخطأت في تطبيق القانون (نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٦ ص ٢٥٦) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا اختلس أحد طرفي الصورية من الآخر الدليل الكتابي على الصورية ، جاز للآخر إثبات هذا الاختلاس ثم إثبات الصورية بجميع الطرق (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٥٧) . وانظر أيضاً : نقض مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٣ ص ١٩٩ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٤ ص ٢٠٠ — ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ — وقارن : ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٢ ص ٧٠٨ .

(انظر في هذه المسألة الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٢٧ ص ١٧٠ =

العقد الظاهر مكتوباً فلا يجوز إثبات عكسه إلا بالكتابة^(١) . وليس في كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة في الإثبات^(٢) ، سبق أن بيناه عند بسط هذه القواعد في قسم الإثبات .

٦٣٠ - الحالة الثانية - الدعوى مرفوعة من الغير: أما في هذه الحالة

فيريد الغير إثبات صورية العقد الظاهر في مواجهة الطرفين^(٣) . وهو لا يتقيد بالكتابة

= ص ١٧٣ ، وبخاصة ص ١٧٢ هامش رقم ١ حيث يورد ملاحظات وجية على بعض أحكام محكمة للنقض .

(١) نقض مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ١ ص ١٢ - ١٨ يونيو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٧ ص ٤٨٥ - ٢٤ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٩ ص ٧٤٠ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣٨ ص ١٩٥ - استئناف اهل أول يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٩٩ ص ٢١٣ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٦٠ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣٣ - ١٨ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٦٣ - ٢٠ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١١٩ ص ٢٤٠ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٤٠ - استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢٨٩ ص ٣٢٥ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧ - استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥ - ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٩٠ - ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٠ - ١٦ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٦٥ - ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٥٥ - ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠١ - ٦ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٩٠ - أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٨٠ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ - ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠ - وإذا استطاع الخصم إثبات عدم صحة ماورد في العقد الظاهر ، كانت العلاقة القانونية بينه وبين خصمه هي العلاقة التي تكون بينهما لو لم يوجد هذا العقد الظاهر ، مادام لم يثبت أن هنالك عقداً مستتراً يحدد هذه العلاقة (نقض فرنسي ٣٠ يناير سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٤ - ١ - ٢٧٠) .

(٢) بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٧ - دي باج ٢ فقرة ٦٢٩ - بيدان ولا جارد ٩ فقرة ٩٨٤ ص ٧٤ - كولان وكايبتان ومورانديير ٢ فقرة ١٩٥ - ومن التطبيق للقواعد العامة جواز الإثبات بغير الكتابة إذا وجد مانع من الحصول عليها . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن علاقة الزوجية مانعة من الحصول على كتابة تثبت الصورية ، فللزوجة أن تثبت صورية عقد البيع الصادر منها إلى زوجها بشهادة الشهود وبالقرائن (٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١٨١ ص ٢٥١) . وكذلك يجوز الإثبات بغير الكتابة في المواد التجارية (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٧) .

(٣) أما إذا أراد أحد طرفي العقد الصوري أن يثبت صورية العقد قبل الغير ، فلا يجوز =

حتى لو كانت قيمة الالتزام في العقد الظاهر تزيد على عشرة جنيهات (١) ، فيجوز له إثبات صورية العقد الظاهر بجميع الطرق ومنها البيئة والقرائن (٢) .

= له ذلك ، لأن للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كانت له مصلحة في ذلك ، حتى لو ثبتت صوريته . هذا ما لم يثبت أن الغير كان يعلم بالصورية ، فيسرى عليه العقد المستتر ، ويجوز عندئذ أن يثبت أحد طرق العقد الصورية قبل الغير .

(١) نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٣ — ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤ ص ٢٦ — نقض جنائي ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٧٥ ص ٦٦٩ — استئناف أهلي أول يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ ص ٢١٣ — ١٠ أبريل سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ١٠٢ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ ص ٢٤٠ — استئناف مصر ١٢ يناير ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢٨٩ ص ٣٢٥ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٤٦١ ص ٧٥٩ — أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ — ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٠٩ ص ٣٧٧ — ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩١ ص ٦٢٧ — ٢١ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٢٧ ص ٣٠٠ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٢٠ ص ٥٠٤ — استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٥ — ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٥٢ — ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١٥ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٢ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٥ — ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١٠ — ٢٨ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٧ — ١٥ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٥٤ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٤٣ — ١٦ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٦٥ — ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٨٩ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ١٦ ص ١٠٨ — ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠١ — ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩١ — ٢١ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٤٣ — ٦ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٩٠ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ٥ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١١ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ — ٨ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٠ — ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١ — ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١٣ — ٢٦ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٩ — ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٦ — ٦ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٣١ .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن الخلف الخاص لا يعتبر من الغير ، فلا يجوز له إثبات الصورية إلا بالكتابة (نقض مدني ٢٧ مارس ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ وتعليق الأستاذ محمد حامد فهمي بهامش ص ٣٨٨ — ص ٣٨٩) . ولكنها رجعت بعد ذلك عن هذا الخطأ ، وقضت بأن المشتري يعتبر من الغير في أحكام الصورية بالنسبة إلى مشتر آخر من نفس البائع له يزاحمه في الملكية ، فإذا أقام الحكم قضاءه بصورية عقد المشتري الآخر على القرائن وحدها ، فإنه لا يكون قد خالف قواعد الإثبات (نقض مدني ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤ ص ٢٦) .

(٢) ويجب أن تكون القرائن مقنعة ، وإلا فلا يحكم بالصورية (استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٢ ص ٢٥٢ — ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١٥ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ =

ذلك أن الصورية ، بالنسبة إلى الغير ، تعتبر واقعة مادية لاتصرفاً قانونياً ،

(م ٢١ ص ٣٤٣) - ومن القرائن على الصورية وجود علاقة زوجية أو قرابة ما بين المتعاقدين ، أو أن البائع بقى حائزاً للشيء المبيع ، أو أن المشتري لم يسجل عقد البيع (استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٥ - ١٣ مارس سنة ١٩٨٥ م ٧ ص ١٨٢ - ٨ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٥٠ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ١٩ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٢ - ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤ - ٨ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١١٧ - ٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٣١) . ولكن ليس من الضروري أن يكون العقد صورياً بقيام هذه القرائن ، إذ هي قرائن قابلة لإثبات العكس (استئناف أهل ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠١ . المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢/٢٧ - استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ - ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١٠ - ٩ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٤ - ١٥ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٦٩ - ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٧ - ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٤٥ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٧ - ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٧ - ٢٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٠ - ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠٠ - ١١ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢١ - ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٧ - ١١ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٠ - ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ - ١٣ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٥٧) . ومن القرائن على الصورية أن يشتري أب باسم ابنه عيناً حارماً ابنه الآخرين ولم يثبت أن للابن المشتري مالا خاصاً (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٥ - ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٧٩) ، وأن يبيع شخص دون ضمان (استئناف مختلط ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٥) ، وأن يبيع الوارث بعد يومين من موت مورثه دون أن يحصل على إعلام شرعى ودون أن يطلب المشتري منه ما يدل على أنه وارث وما هو نصيبه في الميراث ودون أن يكون الوارث حائزاً للعين المبيعة (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٤) ، وأن يصدر البيع عقب إعلان الدائن مدينه البائع ويتصرف المشتري بعد ذلك مباشرة في العين المبيعة (استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٦٥) ، وأن يصدر البيع بعد بضعة أيام من الحكم على البائع بالدين ويسجل بعد ذلك بمدة طويلة ويثبت أن البائع جعل نفسه معسراً بهذا البيع وأن المشتري عالم بذلك (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٣٧) ، وأن يتنازل المستحق في وقف عن استحقاقه دون مقابل بشرط أن يعود إليه الاستحقاق فيما بعد وقد ثبت أن المستحق في الوقف كان مثقلاً بالديون وقت تنازله (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٠) ، وأن يتصرف المدين في ماله والدائن موشك أن يتخذ إجراءات قضائية قبله (استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٨١) ، وأن يتصرف المدين لأقارب ليس عندهم من المال ما يدفعونه مقابل لما تصرف فيه (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٧) ، وأن يقدم المشتري على الشراء بالرغم من إنذار دائن البائع له بأن البيع يقع إضراراً بحقوقه (استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢١) ، وأن يتقدم الدائن المطعون في سنده بالصورية بحكم غيابي على المدين وافق عليه هذا الأخير بالرغم من سقوطه (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٧) .

= وعند تقدير القرائن ينظر إلى حالة المدين وقت التصرف لا بعده ، فإذا كان معسراً وقت تصرفه كان هذا قرينة على صورية هذا التصرف ، حتى لو أيسر بعد ذلك وقبل الطعن بالصورية (استئناف مختلط ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣) . ويجب أن ينظر إلى القرائن في مجموعها دون أن تفصل إحداها عن الأخرى (استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ٣٥٤ ص ٢٧٢) .

ولا يعتبر قرينة على الصورية أن يدفع المشتري جزءاً من الثمن مع وجود شرط في العقد يقضي بدفع الثمن جميعه فوراً (استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٨٤) ، ولا أن يكون الثمن بنحاً (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٨٨٤ مجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٠ ص ١٨) ، ولا أن يكون التصرف قريباً من الوقت الذي امتنع فيه التاجر عن وفاء ديونه (المنصورة التجارية المختلطة ٦ يونيو سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ رقم ٥٦ ص ٥٣) ، ولا أن يعطى المدين بعض منقولاته مقابلاً لوفاء دينه (استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٧) ، ولا أن يحل المشتري نفسه محل الدائنين المرتهنين في الرهون التي تثقل العقار المبيع فان مثل هذا الاحتيال معقول (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٣) ، ولا أن تسجل عقود البيع المتتالية بالرغم من إمكان الاقتصار على تسجيل العقد الأخير (استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٤) .

ومن قضاء محكمة النقض في القرائن على الصورية أنه إذا تنازع مشتري العقار الذي لم يسجل عقده مع مشتري ثان سجل عقده ، وطعن المشتري الأول بصورية العقد الثاني ، وقضت المحكمة بصوريته بانية حكمها على وضع يد المشتري الأول على العين المباعة ، وعلى تأشير المساحة على عقد المشتري الثاني بأنه قد رفعت عن هذه العين دعوى صحة تعاقد من المشتري الأول ، وعلى علاقة المصاهرة بين البائع والمشتري الثاني ، وعلى أنه ليس من المعقول أن يجازف هذا المشتري بدفع قيمة الثمن كله — كما ورد في عقده — في حين أنه لا يجهل أن على الأرض ديناً ممتازاً ، وعلى ما قرره الشهود في التحقيق من أنهم يعلمون أن عقد المشتري الثاني صوري وأنه فقير لا ملك له ، وما قرره شهود المشتري الثاني من أنهم — على خلاف ما ادعى — لم يحضروا مجلس العقد ولم يشاهدوا دفعه الثمن إلى البائع — فهذه الأسباب من شأنها أن تؤدي إلى الصورية التي قالت بها المحكمة ، ولا يكون ثمة مجال للطعن على الحكم من هذه الناحية (نقض مدني ٦ يونيو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩١ ص ١٨٨) . وقضت مع ذلك بأنه إذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصورية عقد على أن المشتري قد اشترى العين مع علمه بسبق تصرف بائعة في هذه العين لغيره ، وبوضع يد هذا الغير عليها من تاريخ شرائه ، وتوانيه هو في رفع دعواه بصحة التعاقد الحاصل معه إلى ما بعد مضي سنة من تاريخ عقده ، فهذا الحكم يكون قاصراً إذ هذه القرائن لا تؤدي إلى الصورية (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٦ ص ٩٠) . وقضت بأنه يعتبر قرينة على صورية الرهن أن يكون الدين المضمون بهذا الرهن صورياً ، وعلى العكس من ذلك دعوى صورية الرهن لا تقوم ما دام لم يطعن في القرض نفسه بأنه صوري ، إذ لا يتصور قيام رهن صوري ضامن لقرض حقيقي (نقض مدني ٢٧ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٩ ص ١٦٩) . وقضت بأنه لا تعارض بين أن يكون المشتري في حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون الشراء الحاصل منه صورياً ، إذ لا تلازم بين حالة الإعسار وصورية العقد ، فإذا اقتضت =

فيجوز إثباتها بجميع الطرق (١).

الفرع الثالث

مقارنة دعوى الصورية بكل من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة

٦٣١ - **الفرض من المقارنة:** بعد أن فصلنا قواعد دعوى الصورية ،
نقارن هذه الدعوى بكل من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة ، كما قارنا
الدعوى البولصية بالدعوى غير المباشرة ، حتى نتبين ذاتية كل دعوى إزاء
الدعويين الآخرين (٢).

ونقارن دعوى الصورية بالدعوى البولصية ، ثم بالدعوى غير المباشرة .

= المحكمة بأن تصرفاً ما كان صورياً ، فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات
المقدمة من المشتري إثباتاً لیسره ومقدرته على دفع الثمن ، فان هذا لا يقدم ولا يؤخر (نقض
مدني ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٨ ص ٢٩٦) . وقضت بأن تقدير كفاية أدلة
الصورية بما يستقل به قاضي الموضوع ، فإذا هو رفض الدفع بالصورية بناء على أن كلا من طرفي
الدعوى قد طعن على عقد الآخر بأنه صوري ، وأن ما قدمه كل منهما في سبيل تأييد دفعه من
قرائن ، منها صلة القرابة بين البائع والمشتري وبخس الثمن وعدم وضع اليد تنفيذاً للبيع ، لا تكفي
وحدها دليلاً على الصورية ، فلا يقبل الطعن في حكمه بالقصور (نقض مدني أول يونيه سنة ١٩٥٠
مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٤١ ص ٥٦٩) . وقضت بأن لمحكمة الموضوع الحق دائماً في بحث
جدية الورقة التي تقدم في الدعوى مادام ذلك لازماً للفصل فيها ، فإذا أريد التمسك بورقة ضد
الغير ، كان للمحكمة ، ولو لم يطعن أحد فيها بالصورية ، أن تعرض لها فتستنتج عدم جديتها
وصورتها من قرائن الدعوى ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كان استخلاصها سليماً
(نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤١ ص ٣٨٩) .

(١) ويجوز للغير الإثبات بجميع الطرق حتى لو لم يقصد أن يتوقى ضرراً من العقد الظاهر ،
بل قصد أن يبتغي نفعاً من العقد المستتر (دي باج ٢ فقرة ٦٣٥ ص ٥٩٦ — عكس ذلك
بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٤ ص ٧٥) .

(٢) أنظر في استقلال (antonomie) دعوى الصورية عن كل من الدعوى البولصية والدعوى
غير المباشرة بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٧ .

المبحث الأول

مقارنة دعوى الصورية بالدعوى البولصية

٦٣٢ - مقارنة ائمهاله : يدعوى الى مقارنة الدعويين احدهما بالآخري شبه واضح فيما بينهما . ففي كليهما يحاول المدين أن يتوفى تنفيذ الدائن على ماله (١) ، فيتصرف في هذا المال تصرفاً جدياً أو تصرفاً صورياً (٢) . وفي كليهما لا ينفذ تصرف المدين في حق الدائن .

ولكن الفرق بين الدعويين واضح كذلك . ففي دعوى الصورية لا يتصرف المدين في ماله تصرفاً جدياً ، وليس للعقد الظاهر وجود قانوني ، ولا وجود إلا للعقد المستتر لأنه هو العقد الحقيقي ، ومن ثم لا ينتج العقد الصوري أثراً إلا بالنسبة إلى الغير حسن النية حتى يستقر التعامل . أما في الدعوى البولصية فالمدين يتصرف في ماله تصرفاً جدياً ، ومن ثم ينتج هذا التصرف أثره إلا بالنسبة إلى الدائنين . هذا إلى أن الدائن في دعوى الصورية يرمى إلى استبقاء شيء في ملك المدين لم يخرج منه ، أما في الدعوى البولصية فيرمى إلى إدخال شيء خرج من ملك المدين (٣) .

(١) ويلاحظ أن الصورية قد تتخذ سبيلاً للوصول إلى أغراض أخرى غير الإضرار بحقوق الدائن كما سبق القول .

(٢) وفي الحالتين يكون التصرف تدليسياً . وقد قضت محكمة النقض بأن التصرف التدليسي هو أن يشارك المتصرف له المدين في إجراء تصرف صوري أو في إجراء تصرف حقيقي يجعله في حالة إعسار بإخراج جزء من أملاكه عن متناول دائنيه . فإذا كان التصرف بيعاً فسبيل إبطاله هو الطعن المبني على الصورية أو على الدعوى البولصية ، وفي هذه الحالة يجب التمسك بأن الثمن وهمي أو بخس أو بأنه حقيقي ولكن المتصرف له اشترك مع المدين في إخراج هذا الثمن كله أو بعضه من مجموعة أمواله حتى أصبح في حالة إعسار لا يفي ماله بمطلوب غرمائه . والعبء في إثبات إعسار المدين بالصفة المطعون فيها يقع على الدائن (نقض مدني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ٧ ص ١٣) .

(٣) أنظر في هذا المعنى : نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨١ ص ٢٨٥ — استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٠ .
وكثيراً ما كان يخلط من دعوى الصورية والدعوى البولصية ، ولكن التمييز بينهما أصبح =

٦٣٣ — الفروع التفصيلية ما بين الدعويين : وتختلف الدعويان ، في أحكامهما التفصيلية ، من وجوه عدة ، نذكر منها :

= الآن واضحاً (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٨٩٨ م ٢٢ ص ٢٨٩ — ٣ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢ — ١٨ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩ — ١٣ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ — ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٨ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٢٤٨ — نقض فرنسي ١٦ مارس سنة ١٨٨٧ سيرييه ٩٠ - ١ - ٣٠١ - ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٥ — فقرة ٢٣٦ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٧ — فقرة ٤٩٩ — لارومبيير ١١٦٧ م ٦٣ فقرة ٧ هيك ٢٣٠ — فقرة ٢٣١ — والتون ٢ ص ١٤١) .

ويجوز رفع الدعويين إحداهما بعد الأخرى لأنهما دعويان مختلفتان ، فترفع أولاً دعوى الصورية ثم بعد ذلك الدعوى البولصية . بل يجوز رفع الدعويين معاً ، فيبدأ الدائن بإثبات أن العقد الذي صدر من المدين صوري ، ثم يطن بعد ذلك في العقد الحقيقي بالدعوى البولصية . مثل ذلك هبة في صورة بيع : يبدأ الدائن بإثبات صورية البيع وأن حقيقة العقد هبة ، ثم يطن بعد ذلك في الهبة بالدعوى البولصية فلا يحتاج إلى إثبات سوء نية الموهوب له بل ولا إلى سوء نية الواهب في القانون المصري (استئناف مختلط ٢٢ يونيو سنة ١٩١٥ جازيت ٥ ص ١٦٨ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٨ م ٢٩ ص ٤٥٤ — ١٦ يونيو سنة ١٩٢١ م ٤٣ ص ٤٥٠ — ١٤ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ١٥٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٦ — كولان وكايتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٥٨ ص ٣٣٤ — دي هلتس ١ action Paulienne فقرة ٢١) . ويجوز للدائن كذلك في الدعوى الواحدة أن يطن في تصرف مدينه بالصورية وبالدعوى البولصية معاً على سبيل الخبرة ، فيحاول إثبات الصورية أولاً ، فإن لم ينجح انتقل إلى الدعوى البولصية (استئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٣ — ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٤٤ — ١٨ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩ — ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٨ — ١٠ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٤٦ — قارن : استئناف مختلط ١٣ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٧) . بل يجوز ، إذا هو أخفق في دعوى الصورية في محكمة أول درجة ، أن يطن بالدعوى البولصية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (استئناف مصر ١٧ مارس سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٦ ص ١٤١ — عكس ذلك : استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٣٤ ص ٨٨٩) . ولكن لا يجوز أن يطن بالدعوى البولصية أولاً حتى إذا أخفق فيها طعن بالصورية ، فإن الطعن بالدعوى البولصية يتضمن الإقرار بجدية التصرف ولا يتفق هذا مع الدفع بالصورية بعد ذلك (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٧ ص ٧٣٤ — استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣١ رقم ٣٢٢ ص ١١٠٢ — مصر الكلية الأهلية أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٨٥ — استئناف مختلط ١٦ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٥٠) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يوجد ما يمنع الدائن من تحويل الدعوى البولصية إلى دعوى الصورية (٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤) ، وقضت أيضاً بأنه يجوز للدائن ، إذا كان قد طعن في تصرف =

(١) دعوى الصورية يرفعها الدائن والخلف الخاص وكل من له مصلحة مشروعة ولو كان أحد المتعاقدين ، أما الدعوى البولصية فلا يرفعها إلا الدائن^(١).

(٢) في دعوى الصورية يكفي أن يكون حق الدائن خالياً من النزاع^(٢) ، فالدائن إلى أجل أو تحت شرط واقف يستطيع رفع هذه الدعوى^(٣) . أما في الدعوى البولصية فلا يكفي خلو حق الدائن من النزاع ، بل يجب أيضاً أن يكون هذا الحق مستحق الأداء .

(٣) في دعوى الصورية لا يشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف الصوري ، أما في الدعوى البولصية فيشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه^(٤) .

= مدينه أمام محكمة أول درجة بالغش دون أن يبين ما إذا كان يعتبر التصرف صورياً أو جدياً ، أن يظعن في التصرف بالصورية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (٢٢ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٤١) .

هذا وإذا نجح الدائن في إثبات صورية العقد اكتفى بذلك ، ولا يصبح في حاجة إلى إثبات توافر شروط الدعوى البولصية (مصر الكلية الأهلية ٥ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٤٠ — استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٢٤٦) .

(١) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ — استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤٨ — ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٧ .

(٢) أما إذا كان حق الدائن غير خال من النزاع ، فليس للدائن أن يستمر في إجراءات دعوى الصورية حتى يخلو الحق من النزاع باتفاق أو بحكم (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ١٢ ص ٥٠ — محكمة اسكندرية الكلية المختلطة ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ جازيت ١ ص ٣٢) .
(٣) هيك ٧ فقرة ٢٣١ — أوبري ورو ٤ طبعة خامسة فقرة ٣١٣ هامش رقم ٨ مكرر ثالثاً — بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٣ .

(٤) نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨١ ص ٢٨٥ — استئناف أهل ١٣ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٥٣ — استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ — ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٧٤ ص ١٧٤ — أسبوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٥٠ ص ٤٣٧ — استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ — ٦ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣ — ١٢ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٧١ — ٨ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٥٠ — ٧ يونيو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨ — ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٠ — ٤ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٨١ =

(٤) في دعوى الصورية يجوز للدائن أن يرفع الدعوى حتى لو كان التصرف الصوري ، بفرض أنه جلدى ، لا يسبب إعسار المدين أو يزيد في إعساره ، بل لا يشترط أن يكون المدين معسراً إطلاقاً ، لأن الدائن في هذه الدعوى يطلب تقرير أن التصرف غير موجود وهذه حقيقة لا يغير منها أن يكون المدين معسراً أو غير معسر . أما في الدعوى البولصية فيشترط أن يثبت الدائن أن التصرف المطعون فيه قد تسبب في إعسار المدين أو زاد في إعساره^(١) .

١٢ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٠٨ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٥ — ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٤ — ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨٣ — ١٣ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١١٩ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ١٥ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١١ — ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٥ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٨ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٢ — ١٣ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٦٣ — ١٧ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١٩ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٦١ — ٩ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٨ .

وقد كان القضاء يخلط كثيراً في هذه المسألة ما بين دعوى الصورية والدعوى البولصية ، فيشترط في الاثنين أن يكون حق الدائن سابقاً على تصرف المدين — هذا وقد يكون التصرف للصوري سابقاً على تاريخ التوقف عن الدفع ، ولا يمنع ذلك من رفع دعوى الصورية (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٧ — ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢١٢) .

(١) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٥ — ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٣ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٨ — ٢٤ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٩ — ١٢ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٩ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٦١ — ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٤ — ديولوجمب ٢٥ فقرة ٢٣٦ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٧ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ — هيك ٧ فقرة ٢٣١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٣ ص ٧٥٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٢ — والتون ٢ ص ١٤٢ .

ونرى من ذلك أنه كما لا يشترط أعسار المدين ، كذلك لا يشترط فيما إذا كان المدين معسراً أن تكون هناك علاقة بين التصرف الصوري والأعسار . فيستطيع الدائن أن يظن بالصورية في تصرف مدينه حتى لو كان موشراً (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ جازيت ٦ رقم ٥٧ ص ٣٢) ، كما يستطيع الظن بالصورية إذا كان المدين معسراً ولو لم يكن التصرف المطعون فيه سبب الأعسار أو زاد فيه . على أن الواقع في العمل — كما تقول الأستاذة بلانيول وريبير وردوان — أن الدائن إذا وجد مالا كافياً لاستيفاء دينه عند المدين غير المال الذي تصرف فيه هذا سوريا لا يتعب نفسه في رفع دعوى الصورية ، فهو لا يلجأ إليها فعلاً إلا عند إعسار المدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٢ ص ٣٠٧) .

(٥) في دعوى الصورية لا يشترط أن تكون الصورية قد قصد بها الإضرار بحقوق الدائن ، فقد يكون المقصود بها غرضاً آخر كما قدمنا ، ولا يمنع ذلك من أن يطعن الدائن في التصرف الصوري . أما في الدعوى البولصية فيشترط في المعاوضات قصد الإضرار بالدائن على النحو الذي سبق بيانه^(١) .

(٦) دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم ، لأنها يراد بها تقرير أمر واقع ، وهذا الأمر يبقى واقعاً مهما انقضى عليه من الزمن . أما الدعوى البولصية فتسقط بالتقادم ، وقد سبق بيان المدة التي تتقادم بها هذه الدعوى^(٢) .

(٧) في دعوى الصورية يجوز للمدين أن يسترد العين التي باعها صورياً للمشتري ، أما في الدعوى البولصية فلا يستطيع المدين ذلك لأن البيع الذي صدر منه بيع جدي .

(٨) في دعوى الصورية إذا تنازع ، في بيع صوري ، دائن البائع مع دائن المشتري ، قدم دائن المشتري إثباتاً للعقد الظاهر كما قدمنا^(٣) . أما في الدعوى

(١) استئناف مخطوط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٣ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ٩ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٣٦ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٧ — هيك ٧ فقرة ٢٣١ — بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٣ ص ٧٥٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٢ .

(٢) لارومبيير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ — جرويه فقرة ٣٣٥ — كولان وكابيتان ومورانديير فقرة ٤٥٨ ص ٣٣٤ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٧ — الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات فقرة ٣٦٦ ص ٣٥٨ — عكس ذلك : بودري وبارد ١ فقرة ٧٤٢ — والتون ٢ ص ١٤٢ — ص ١٤٣ . انظر كذلك بلانيول وريبير وأسيمان (جزء ٦ فقرة ٣٤٥) وهم يوفقون بين الرأيين ، فدعوى الصورية نفسها لا تسقط بالتقادم ، ولكن قد ينشأ عن العقد الصوري مركز فعلي يثبت بالتقادم (انظر استئناف مخطوط ١٧ يونيو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٦١ ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ — دي باج ٢ فقرة ٦٣٠) . وقد قدمنا أن دعوى الصورية قد تتضمن دعوى أخرى ، كدعوى بطلان الهبة المستترة في صورة بيع ، فدعوى صورية الهبة لا تسقط بالتقادم ، ولكن دعوى بطلان الهبة تتقادم كسائر دعاوى البطلان (انظر آنفاً فقرة ٦٢٧) . ويميز بيدان ولاجارد بين دعوى الصورية والدفع بالصورية ، فالدعوى دون الدفع هي التي تسقط بالتقادم (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٥) .

(٣) أما لو تنازع دائن البائع مع مشتر حسن النية من المشتري ، فالمشتري هو الذي يفضل ، سواء كان العقد صورياً أو كان جدياً وقابلاً للطعن فيه بالدعوى البولصية . وإذا تنازع دائن البائع مع موهوب له من المشتري ، ففي دعوى الصورية لا يقدم الدائن مادام الموهوب له حسن النية على خلاف في الرأي (انظر آنفاً فقرة ٦٢٤ في الهامش) ، وفي الدعوى البولصية يقدم الدائن =

البولصية فانه إذا باع المدين عينا لإضراراً بدائنه ، اعتبر البيع غير نافذ في حق الدائن ، وتقدم هذا الدائن في استيفاء حقه من العين على دائن المشتري (١) .

المبحث الثاني

مقارنة دعوى الصورية بالدعوى غير المباشرة

٦٣٤ - وجه السبب : يتبين مما قدمناه في دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة أن هناك شبهاً واضحاً بين الدعويين من حيث الشروط والأحكام .

= حتى لو كان الموهوب نه حسن النية (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ وهامش رقم ٥٣ - بودرى وبارد ١ فقرة ٧٤٠ - جروبيه فقرة ٣٤٠ - قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٥ - الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات فقرة ٣٥٦ ص ٣٥٧) .

(١) وقد قدمنا (انظر آنفاً فقرة ٦٢٤ في الهامش) أن هذه النتيجة تبدو غريبة ، لأن دائن البائع لا يتحمل أثر تصرف جدى صدر من مدينه ، ويتحمل في الوقت ذاته أثر هذا التصرف لو كان سورياً ، وكان الأولى هو العكس . ولكن عند التأمل نجد أن المدين إذا صدر منه بيع صوري فلا تخلو الحال من أحد أمرين : (١) إما أن يكون المدين متواطئاً مع المشتري بقصد الإضرار بالدائن ، وفي هذه الحالة يستطيع الدائن من الناحية العملية أن يتجنب الطعن في البيع بالصورية ، ويعتبر التصرف جدياً ، فيطعن فيه بالدعوى البولصية وقد توافرت شروطها ، فيقدم على دائن المشتري ولا يتحمل أثر تصرف صوري كان لا يتحمله لو كان التصرف جدياً . (ب) وإما أن يكون تواطؤ المدين مع المشتري على الصورية لم يقصد به الإضرار بالدائن ، وفي هذه الحالة لو كان العقد جدياً لما أمكن الطعن فيه بالدعوى البولصية لعدم توافر شروط الإضرار بالدائن ، فلا يتحقق إذن أن يكون العقد الصوري أقوى نفاذاً من العقد الجدى (نظرية العقد للمؤلف ص ٨٥٥ هامش رقم ٣) .

هذا وقد كان يوجد في عهد التقنين المدنى السابق بين الدعويين فرق هام آخر ، هو أن الدائن في دعوى الصورية يشاركه سائر الدائنين (استثناء مختلط ٢٣ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٢٧) ، أما في الدعوى البولصية فيستأثر وحده بفائدة الدعوى . وقد رأينا أن التقنين المدنى الجديد قد محا هذا الفرق بجعله الدائن ، في دعوى الصورية والدعوى البولصية على السواء ، لا يستأثر وحده بالتنفيذ على العين ، بل يشترك معه في ذلك سائر الدائنين .

انظر في هذه المقارنة التفصيلية : بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢١ - فقرة ٧٢٣ - ديموج ٧ فقرة ١١٤٢ - بلانيولي وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧١ - فقرة ٩٧٢ - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٦ - دى باج ٢ فقرة ٦٤٢ و ٣ فقرة ٢٥٩ - فقرة ٢٦٠ - الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٥٨ - فقرة ٦٥٩ - الأستاذ إسماعيل غانم فقرة ١٢١ .

(م ٧١ الوسيط - ج ٢)

فقد رأينا أنه لا يشترط في دعوى الصورية أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ولا أن يكون هذا الحق سابقا على التصرف الصادر من المدين ، وهذا هو الأمر في الدعوى غير المباشرة . ورأينا كذلك أن دعوى الصورية تفيد جميع الدائنين على السواء ، من اشترك منهم في الدعوى ومن لم يشترك ، وهذا هو أيضا حكم الدعوى غير المباشرة .

وحتى نضع دعوى الصورية إلى جانب الدعوى غير المباشرة في صورة واضحة ، نفرض أن مدينا باع عينا مملوكة له بيعا صوريا . فدائن البائع يستطيع أن يطعن في العقد بالصورية ، ولا يشترط لذلك أن يكون حقه مستحق الأداء أو أن يكون سابقا على التصرف الصوري ، وإذا نجح في دعواه استفاد معه سائر الدائنين . ويستطيع الدائن أيضا ، بدلا من الطعن بالصورية ، أن يستعمل حق مدينه البائع في التمسك بالعقد المستتر ، فيصل إلى نفس النتيجة التي يصل إليها من وراء الطعن بالصورية ، وهو في ذلك أيضا لا يشترط فيه أن يكون حقه مستحق الأداء ولا سابقا على التصرف الصوري ، كما أن التمسك بالعقد المستتر يفيد سائر الدائنين .

٦٣٥ — وجهه الخريف : على أنه بين أن يطعن الدائن بالصورية في العقد الظاهر وأن يستعمل الدعوى غير المباشرة فيتمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين ، توجد الفروق الآتية :

(١) إذا طعن الدائن في العقد الظاهر بالصورية رفع الدعوى باسمه هو ، وإذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين رفع الدعوى باسم هذا المدين . ويترتب على ذلك أنه في الحالة الأولى يستطيع اثبات الصورية بجميع الطرق لأنه من الغير . أما في الحالة الثانية وهو يعمل باسم المدين ، فلا يستطيع الإثبات إلا بالطرق التي يستطيعها المدين ، فيجب الإثبات بالكتابة فيما جاوزت قيمته عشرة جنيهات ، أو فيما لا يجاوز هذه القيمة إذا كان العقد الظاهر مكتوباً^(١) .

(١) ديمولومب ٣٠ فقرة ١٧٩ وفقرة ١٨١ وما بعدها وفقرة ٥٩٠ — لوران ١٩ فقرة ٦٠٣ — لارومبيير ٦ م ١٣٤٨ فقرة ١٨ وفقرة ٢١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٤ وفقرة ٧٣٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٣ — كولان وكايتان ومورانديير ٢ =

(٢) وإذا طعن الدائن بالصورية ، فليس في حاجة إلى إثبات إعسار المدين .
أما إذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن مدينه ، وجب عليه أن يثبت أن المدين
يصبح معسراً أو يزيد إعساره إذا لم يتمسك بهذا العقد .

(٣) إذا اختار الدائن دعوى الصورية ، لم يستطع المشتري أن يدفع هذه
الدعوى بدفع خاص بالعقد المستتر . أما إذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن
المدين ، كان للمشتري أن يدفع هذه الدعوى بكل الدفعات التي يستطيع أن يدفع
بها دعوى البائع لو كان هذا هو الذي تمسك بالعقد المستتر (١) .

ويتبين مما تقدم أن الدائن يفضل الطعن باسمه بالصورية في العقد الظاهر ،
فهذا خير له من التمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين عن طريق الدعوى غير
المباشرة ، وذلك من جميع الوجوه المتقدمة الذكر (٢) .

= فقرة ٤٥٧ — والتون ٢ ص ١٤٣ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٦ — الأستاذ أحمد
حشمت أبو ستيت فقرة ٦٦١ .

ولكن يلاحظ أنه حتى فيما بين المتعاقدين يمكن إثبات الصورية بجميع الطرق إذا كان هناك
تحايل على القانون كما سبق القول ، وكذلك الأمر فيما لو رفع الدائن دعوى الصورية باسم المدين
عن طريق الدعوى غير المباشرة (ديمولومب ٣٠ فقرة ١٨٢ وفقرة ١٨٤ — فقرة ١٨٨ —
لارومبيير ٦ م ١٣٤٨ فقرة ١٨ — فقرة ١٩ — بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٧ .
(١) هيك ٧ فقرة ٢٣٠ — بودري وبارد ١ فقرة ٧٣٤ — فقرة ٧٣٥ — بلانيول
وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٦ ص ٣١١ — والتون ٢ ص ١٤٣ — دي باج ٣ فقرة ٢٥٨ —
نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٦ .

هذا ، وفي غير المثل الذي نحن بصددده ، يلاحظ أيضاً أن دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم ،
وتسقط الدعوى غير المباشرة بالمدة التي يسقط بها الحق الذي يستعمله الدائن . أما في المثل الذي
نحن بصددده ، فإن الحق الذي يستعمله الدائن هو بالذات دعوى الصورية التي يرفعها المدين ، وهذه
أيضاً — كدعوى الصورية التي يرفعها الدائن — لا تسقط بالتقادم (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٦
ص ٨٥٧) .

(٢) انظر في كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٥ — فقرة ٧٦٦ .

الفصل الرابع

الحق في الحبس*

(Droit de rétention)

تمهيد — تكييف الحق في الحبس

٦٣٦ — كيف نشأ الحق في الحبس : يرجع ذلك إلى عهد القانون الروماني . فقد كان الحائز لعين لا يملكها وهو يعتقد أنها ملكه ، إذا أنفق مالا في حفظها أو في تحسينها ، وأراد المالك أن يسترد العين ، أعطى البريتور الروماني

* مراجع : رينو (Raynaud) في الدفع المستمد من عدم التنفيذ رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ — جونسكو (Jonesco) في حق الحبس رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ — بينو (Pinot) بحث في إقامة نظرية في حق الحبس من الناحية التشريعية رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ — بوجوناتو (Poganato) في حق الحبس رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — بوب (Bobes) تطبيقات في حق الحبس رسالة من باريس سنة ١٩١٣ — كاسان (Cassin) في الدفع المستمد من عدم التنفيذ في العلاقات التبادلية رسالة من باريس سنة ١٩١٤ — بودري ولوان (Loynes) جزء أول في حق الحبس فقرة ٢٢٠ وما بعدها — جيلوار (Guillouard) في رهن الحياة وحق الحبس — بيدان وفواران (Voirin) جزء ١٣ فقرة ٢٦٩ وما بعدها — كاييتان في السبب فقرة ١٢١ وما بعدها — دريدا (Derrida) بحث في أساس حق الحبس رسالة من الجزائر سنة ١٩٤٠ — الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتياح المشروع عن الوفاء رسالة من القاهرة سنة ١٩٤٥ — أنسيكلوبيدي دالواز ٤ لفظ (Rétention) ص ٧٠٣ وما بعدم (دريدا) — مقال لسالي (Saleilles) في الامتناع عن الوفاء لعدم تنفيذ العقد (حوليات القانون التجاري سنة ١٨٩٢—١٨٩٣) .

مراجع في القانون المصري : الأستاذ عبد السلام ذهني في التأمينات فقرة ٢٩١ وما بعدها . الأستاذ محمد كامل مرسى في التأمينات الشخصية والعينية طبعة ثالثة فقرة ٦٤٤ وما بعدها — الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٠١ — فقرة ٤٢٧ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات الشخصية والعينية فقرة ١٥٨ — فقرة ١٧٢ — الأستاذ عبد الحى حجازى ص ٢١٧ — ص ٢٢١ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٢ — فقرة ١٤٨ — وانظر في الدفع بعدم تنفيذ العقد : نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٦ — فقرة ٦٧٧ — الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٤٩٢ — فقرة ٥٠٣ — الأستاذ حلمى بهجت بدوى في نظرية العقد فقرة ٣٥٣ — فقرة ٣٦٠ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام فقرة ٣٧٧ — فقرة ٣٧٩ .

للحائز دفعاً بالغش (exceptio doli) يدفع به دعوى الاسترداد حتى يسترد ما صرفه في حفظ العين وفي تحسينها^(١). وكذلك أعطى هذا الدفع بالغش في العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة ، إذا أنفق المودع عنده مالا على الوديعة وكان له الحق في استرداد ما أنفق . وكان هذا الدفع مفهوماً ضمناً في العقود الملزمة للجانبين — إذ هي كلها عقود تنطوي على حسن النية (contrats de bonne foi) — وبموجبه يستطيع كل من المتعاقدين أن يقف تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل ، وهذا ما سمي بعد ذلك في القانون الفرنسي القديم بالدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus).

فمنشأ الحق في الحبس والدفع بعدم تنفيذ العقد كان إذن واحداً في القانون الروماني ، كلاهما يقوم على دفع بالغش . ولكن العلاقة فيما بينهما انفصلت في عصور القانون الفرنسي القديم ، عند ما اختفى الدفع بعدم التنفيذ وراء فسخ العقد ، والتصق الحق في الحبس بالأعيان المادية وأصبح يعتبر حقاً عينياً^(٢).

(١) ذلك أن الحائز — حسب قواعد القانون المدني العتيق — لم يكن يحق له أن يسترد ما صرفه على العين ، فهو لم يكن وقت الصرف وكيلًا عن المالك ولا فضولياً إذ كان يعمل لمصلحة نفسه لا لمصلحة المالك . ولما كانت هذه نتيجة غير عادلة ، عمل البريتور على تفاديها ، حسب قواعد العدالة ، فضمن دعوى الاسترداد دفعاً بالغش ، بموجبه لا يكون الحائز ملزماً برد العين قبل أن يستوفي ما أنفق من المصروفات .

(٢) وكان رجال القانون الكنسي هم الذين استخلصوا مبدأ الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة الناشئة من علاقة قانونية واحدة (règle des corrélatifs) ، ورتبوا على هذا المبدأ أن أيًا من الطرفين لا يجبر على القيام بالتزامه نحو الطرف الآخر إذا كان هذا الطرف الآخر لم يقم هو نفسه بما عليه من التزام . وجاء بعد ذلك الفقهاء اللاحقون لعهد التحشية (postglossateurs) وبنوا من النصوص الرومانية القائمة على هذا المعنى نظرية الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وأعطوها هذا الاسم بعد أن نسبوها للقانون الروماني . ثم جاء الفقيه كيجاز Cujas ومدرسته فردوا النصوص الرومانية إلى أصلها ، وقصروا الدفع بعدم التنفيذ على الحالات المعينة التي وردت فيها هذه النصوص ، فصاغت وحدة النظرية ، وتفككت تطبيقاتها ، بل وانطس اسمها . وساعد على ذلك أن القضاء استعان — في ملء الفراغ الذي خلفه تفكيك النظرية — بنظرية الفسخ التي اختفى وراءها الدفع بعدم التنفيذ ، وبنظرية الحبس التي انفصلت عن نظرية الدفع بعدم التنفيذ بعد أن أصبح الحبس ملتصقاً بالأعيان المادية واعتبر حقاً عينياً ، وكان يقول بعينته كل من ديمولان وبوتيه (اسمان) ٦

فقرة ٤٣٩ — بودري ولوان ١ فقرة ٢٢٨) .

وهذه الصورة الأخيرة هي التي انتقلت إلى التقنين المدني الفرنسي .

٦٣٧ — الحق في الحبس في القانون المدني الفرنسي : لم يضع

التقنين المدني الفرنسي نظرية عامة للحق في الحبس ولا للدفع بعدم تنفيذ العقد ، واقتصر — متأثراً في ذلك بالحالة التي كان عليها القانون الفرنسي القديم — على إيراد تطبيقات معينة ضمنها بعض نصوص متناثرة^(١) . وبقي الفقه الفرنسي ، طوال القرن التاسع عشر ، يعالج الموضوع على أساس أن للحبس حالات معينة مذكورة على سبيل الحصر ، وليست له نظرية عامة . وفي مفتتح القرن العشرين نقل سالي عن التقنين المدني الألماني النظرية العامة للدفع بعدم التنفيذ ، فكان ذلك حافزاً للفقه الفرنسي أن يجعل من الحبس نظرية عامة .

وقام خلاف في فرنسا هل الحق في الحبس حق عيني ؟ فقال بعض الفقهاء بذلك^(٢) ، ولكن الغالبية — لا سيما في الفقه الفرنسي المعاصر — لم ترفيه حقاً عينياً^(٣) ، إذ هو يفقد المقومات الأساسية للحقوق العينية ، فليس ينطوي على حق في التقدم ولا على حق في التتبع ولا هو خاضع لإجراءات الشهر^(٤) .

ومنذ أنكر على الحق في الحبس أنه حق عيني ، كان الرأي الراجح في القانون الفرنسي أن هذا الحق ليس مقصوراً على الحالات التي نص عليها التشريع ، وليست

(١) انظر مثلاً المواد ٥٤٥ و ٨٦٧ و ١٦١٢ و ١٦١٣ و ١٦٧٣ و ١٧٤٩ و ١٩٤٨ و ٢٢٨٠ من التقنين المدني الفرنسي .

(٢) انظر : كابري (Cabrye) في حق الحبس فقرة ٧٤ — جلاسون (Glasson) في حق الحبس ص ٣٥ وما بعدها — كاسان (Cassin) ص ٦٦٥ — سيرفي (Surville) ٢ فقرة ٥٤١ — بون (Pont) ١ فقرة ٢١ — فقرة ٢٢ — بيدان ١ فقرة ٢٥١ — فقرة ٢٥٧ .

(٣) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٣ هامش رقم ٢٠ — بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٢٨ — لوران ٢٩ فقرة ٢٩٢ — بلانيول وريبير وأسبان ٦ فقرة ٤٥٩ — كولان وكايبتان ومورانديير ٢ فقرة ١٤٧٦ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٢٨٣ — چوسران ٢ فقرة ١٤٧٠ — فقرة ١٤٧١ — قارن في معنى الحق العيني : أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ Rétenion فقرة ٩٢ — فقرة ٩٣ .

(٤) إما أنه لا ينطوي على حق تقدم ، فنرى أن الحبس لا يكسب امتيازاً للدائن الحابس على غيره من الدائنين . وأما أنه لا ينطوي على حق تتبع ، فلائن الحابس إذا تخلى عن حيازة العين المحبوسة فقد حقه في الحبس ولا يستطيع استرداده . ولم ينظم القانون إجراءات خاصة لشهر حقوق الحبس .

هذه الحالات المذكورة على سبيل الحصر ، بل يجوز أن يمتد الحق في الحبس إلى حالات مماثلة عن طريق القياس ، بعد استخلاص قاعدة عامة ترد إليها جميع حقوق الحبس^(١) .

ولا يكفي بطبيعة الحال أن يكون هناك دينان ما بين شخصين ، أحدهما دائن للآخر ثم هو مدين له في الوقت ذاته ، فيحبس المدين الدين الذي عليه حتى يستوفي الحق الذي له . وهذا إنما يقع في المقاصة القانونية ، عندما يكون الدينان من نوع واحد وتوافرت فيهما سائر شروط المقاصة ، فعند ذلك ينقضي الدينان بالمقاصة ، ولا يقتصر الأمر على الحبس أو وقف التنفيذ^(٢) .

ولنما يجب أن يكون هناك ارتباط (lien de connexité) ما بين الدينين ، وهذا الارتباط يتحقق في إحدى صورتين :

(١) إما أن يكون أحد الدينين قد نشأ بمناسبة الشيء الواجب الأداء (debitum cum re junctum) ، فيحبس المدين الشيء الذي يجب عليه أدائه حتى يستوفي الدين الذي نشأ بمناسبة هذا الشيء ، وذلك كمصروفات الحفظ والصيانة والتحسينات التي ينفقها الحائز على العين التي في حيازته ، وكالتعويض عن الضرر الذي يحدثه الشيء للحائز ، ففي هاتين الحالتين يكون للحائز أن يحبس العين حتى يسترد هذه المصروفات أو يتقاضى هذا التعويض ، فقد نشأ الدين بالمصروفات أو بالتعويض بمناسبة الشيء محل الحيازة .

(٢) وإما أن يكون الارتباط آتيا من أن كلا الدينين مصدره عقد واحد أو علاقة قانونية واحدة ، وذلك كالبائع يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن ، وكالمشتري يحبس الثمن حتى يتسلم المبيع ، وكل من البائع والمشتري بعد فسخ البيع أو إبطاله يسترد ما سلمه إلى الآخر فلا يرد أحدهما ما أخذه إلا بعد أن يسترد ما أعطاه^(٣) .

(١) بودرى ولوان ١ فقرة ٢٣٠ — فقرة ٢٣٢ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٤ .

(٢) بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٤ ص ٥٩٧ وهامش رقم ٢ .

(٣) بلانيون وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٥ .

٦٣٨ - حق الحبس في التقنين المدني المصري السابق : لم يكن

هناك شك في أن حق الحبس في التقنين المدني المصري السابق كان حقاً عينياً (١)، فنصوص هذا التقنين كانت صريحة في هذا المعنى . كانت المادة ١٩/٥ من هذا التقنين تعدد الحقوق العينية التي يمكن أن تترتب على الأموال ، فتذكر على سبيل الحصر حق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الامتياز وحق الرهن وحق الاختصاص وحق الحبس . وكانت المادة ٦٧٨/٥٥٤ تعدد أنواع الدائنين ، فتذكر أولاً الدائنين العاديين الذين لا يضمن ديونهم حق عينى ، ثم تعقب بالدائنين ذوي الحقوق العينية فتذكر الدائنين المرتهنين ، فالدائنين الحاصلين على حق اختصاص ، فالدائنين الممتازين بسبب رهن حيازة أو حق من حقوق الامتياز ، فالدائنين « الذين لهم حق صالح للاحتجاج به على جميع الدائنين الأخرى في حبس ما تحت أيديهم من ملك مدينهم إلى حين استيفاء ديونهم » . وإذا عرضت مناسبة ، في نص من نصوص هذا التقنين ، لذكر الحقوق العينية ، كان حق الحبس يذكر صراحة بينها . فقد كانت المادة ١٤٦/٩٢ تنص على أن « التعهد باعطاء حق عينى على عقار أو منقول ينقل ذلك الحق ، بشرط عدم الإخلال بحق الامتياز والرهن العقاري والحبس » . وكانت المادة ٢٥٣/١٨٩ ، وهى تفصل أحكام التجديد (الاستبدال) ، تذكر أنه يجوز الاتفاق على « أن التأمينات العينية كالاقتيازات ورهن العقار وحبس العين تكون تأميناً على الدين الجديد » .

ومد جعل حق الحبس في هذا التقنين حقاً عينياً ، فصل بطبيعة الحال عن الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وعددت حالاته على سبيل الحصر ، شأنه في ذلك شأن سائر الحقوق العينية . فكانت المادة ٧٣١/٦٠٥ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتى : « يكون الحق في حبس العين في الأحوال الآتية ، فضلاً عن الأحوال المخصوصة المصرح بها في القانون (٢) : أولاً - للدائن الذى

(١) انظر مع ذلك : استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤١ .

(٢) هذه الأحوال المخصوصة التى كان مصرحاً بها في التقنين المدني السابق هى : (١) حق البائع في حبس المبيع حتى يقبض الثمن (م ٣٥٠/٢٧٩) . أما حق المشتري من حبس الثمن إذا حصل تعرض له في وضع يده على المبيع أو ظهر سبب يخشى منه نزع الملكية (م ٤١١/٣٣١) =

له حق امتياز (١) . ثانياً — لمن أوجد تحسيناً في العين ، ويكون حقه من أجل ما صرفه أو ما ترتب على مصرفه من زيادة القيمة التي حصلت بسبب التحسين على حسب الأحوال (٢) . ثالثاً — لمن صرف على العين مصاريف ضرورية أو مصاريف لصيانتها (٣) .

وكان يمكن على أساس هذه النصوص وضع نظرية عامة لحق الحبس في التقنين المدني السابق . فحق الحبس هو الحق العيني (٤) الذي يثبت لغير المالك

= فيستعصى في التكيف أن يكون حقاً عينياً، لأن الثمن دين في ذمة المشتري وليس بعين محبوسة، وهو قبل دفعه ملك للمشتري والشخص لا يكون له حق عيني على ملكه ، وإنما يكون هذا الحق تطبيقاً من تطبيقات الدفع بعدم تنفيذ العقد . (ب) حق المتأجر في حبس العين المؤجرة عند بيعها بيعاً يكون سبباً في فسخ عقد الإيجار ، حتى يستوفى من المؤجر أو من المشتري التعويض الواجب له (م ٣٩٠ فقرة ٢/٤٧٧) . (ج) حق حافظ الوديعة في حبس العين المودعة ، حتى يستوفى من المودع « المصاريف المنصرفة منه لحفظها ويعطيه بدل الخسارات التي نشأت له عنها » (م ٤٨٨ فقرة ٢/٥٩٧) .

وهناك نصوص أخرى ، في غير التقنين المدني ، تعطى للدائن حق الحبس : (١) حق الوكيل بالعمولة في حبس البضائع التي تحت يده (م ٨٥ تجاري) . (ب) حق القبودان في حبس البضائع التي في السفينة (م ١٢٥ بحري) . (ج) حق المنزوع ملكيته للمنفعة العامة في حبس العقار ، حتى يستوفى من نازع الملكية التعويض المستحق له . انظر في ذلك : الأستاذ صلاح الدين الناهي فقرة ١٧٥ ص ١٨٤ هامش رقم ١ : وفي القانون الفرنسي : أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٥٧ هامش رقم ٢ .

(١) ولو كان حق الامتياز هذا غير مبني على فكرة الرهن الضمني ، فن أنفق على شيء لحفظه أو ترميمه كان له حق امتياز عليه ، وكان له أيضاً أن يجبره . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز للميكانيكي الذي أصلح سيارة أن يجبرها حتى يستوفى أجره لإصلاحها (١٣ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧٠) .

(٢) استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٦ ص ١٣٧ — استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٢ — ٧ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٢٧ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٤٦ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨٣ — ١٤ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥٠٠ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — قارن : استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٣ ص ٦٩ .

(٣) استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧٠ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ .

(٤) على أن الفقهاء عند تعرضهم للأثار التي تترتب على حق الحبس لاحظوا أنه لا يخول للدائن حق تقدم أو حق تتبع بالمعنى المألوف ، فدفعهم ذلك إلى القول بأن حق الحبس حق عيني =

على الشيء الذى فى حيازته إلى حين استيفاء دينه بتمامه . ومصدره نص فى القانون ، فلا يجوز الاتفاق على خلق حق حبس جديد غير مانص عليه القانون ، وذلك فيما عدا رهن الحيازة حيث يثبت حق الحبس بالاتفاق . فأركان حق الحبس إذن ثلاثة : (١) نص فى القانون ينشئه (٢) دين صحيح حال للحائز فى ذمة المدين (٣) شيء مملوك للمدين تحت حيازة الدائن . ولا يقع الحبس على الأشياء المعنوية كحق الانتفاع ، ولا على مالا يجوز بيعه كحق الاستعمال وحق السكنى وحق المستحق فى الوقف . وقد يكون الشيء المحبوس مملوكاً لغير المدين كأمتعة المستأجر من الباطن . ويجب أن تتم الحيازة على وجه قانونى ، لا خلسة أو غشاً أو إكراها . ولما كان حق الحبس حقاً عينياً ، فإنه يتضمن حق تتبع على نحو خاص ، فيجوز لمن له حق الحبس أن يتمسك بحقه فى مواجهة مالك العين ودائنيه والخلف العام والخلف الخاص ، ولكنه إذا تخلى عن الحيازة اختياراً لم يجز له أن يستردها وفقد حقه فى الحبس . ويتضمن حق الحبس أيضاً حق تقدم ولكن بطريقة غير مباشرة ومن ناحية عملية ، فصاحب هذا الحق يستطيع أن يستبقى الشيء فى حيازته حتى يستوفى الدين الذى له وبذلك يتقدم عملياً على غيره من الدائنين (١) . ولكن حق الحبس ، بالرغم من عينيته ، لم يكن خاضعاً لإجراءات الشهر ، على خلاف فى رأى (٢) .

= من نوع خاص (sui generis) (الأستاذ محمد كامل مرسى فى التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٣٨ فقرة ٦٤٦) . وذهبت محكمة الاستئناف المختلطة فى أحد أحكامها إلى أن حق الحبس حق شخصى لا حق عينى ، وأنه لا يتحول صاحبه مزية للتبع ، فإذا رفعت يد الوكيل عن عقارات موكله عنوة ، ولم يطلب استردادها لاستعمال حق الحبس عليها من أجل المصروفات التى أنفقها ، كان دينه ديناً عادياً (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤١ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه) . وانظر فى أن حق الحبس حق عينى : محكمة الأسكندرية الكلية الوطنية ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٩١ ص ٩٧٨ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن حق الحبس لا يعطى صاحبه لا حق التبع ولا حق الأولوية ، وليس لصاحبه إلا رفض التسليم ، وإذا بيعت العين فلا يدخل فى التوزيع إلا كدائن عادى . ولكن من جهة أخرى فإن دائنى صاحب العين وخلفاءه لا يمكنهم رفع يد الحابس إلا بعد سداد المبالغ التى له ، وإذا بيعت العين لم يمكن المشتري تسلمها إلا إذا دفع الدين المطلوب عليها للحابس . فهو من هذه الجهة شبيه بالحق العينى ، ويمكن الاحتجاج به على صاحب العين أو من تلقى الملك عنه ، ولواضع اليد ألا يسلم الشيء إلا إذا دفع له قيمة ما صرفه (٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤) .

(٢) فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن حق الحبس الذى قد يكون للمقاول بالنسبة إلى

وقد حاول الفقه المصري، في عهد التقنين المدني السابق، أن يشكك في عينية حق الحبس، وأن يضع إلى جانب هذه العينية فكرة أن الحق في الحبس ليس إلا دفعا بعدم التنفيذ، فهو ليس بحق عيني ولا بحق شخصي. ولكن صراحة النصوص في التقنين المدني السابق كانت قاطعة في أن هذا التقنين يعتبر حق الحبس حقاً عينياً. فلم تكن هذه المحاولات الفقهية إلا بمثابة إرهابات تؤذن بما يكون عليه المستقبل، وقد دفعت فعلاً عند تنقيح التقنين المدني إلى الرجوع بالحق في الحبس إلى طبيعته الحقيقية من أنه دفع وليس بحق، فسار على هذا النهج التقنين المدني الجديد^(١).

٦٣٩ — الحق في الحبس في التقنين المدني المصري الجديد : هجر

التقنين المدني الجديد نظرية التقنين المدني السابق في أن الحق في الحبس حق عيني. وقد جرى التقنين الجديد بهذا النهج التطور الحديث في الفقه والتشريع^(٢)، وجعل من الحق في الحبس نظرية عامة تنبسط على جميع نواحي القانون، ولا تنحصر في حالات معينة تتناثر في النصوص المتفرقة. ذلك أن الحق في

= ما صرفه على المارة لا يقتضى حق التتبع، ولا يمكن الاحتجاج به قبل الغير، إلا إذا كان ناشئاً عن امتياز مسجل تسجيلاً صحيحاً (١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٠٨ ص ٦٣٨). وقضت محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية بأن حق الحبس يعتبر حقاً عينياً، لأن ما يترتب عليه من الآثار الفعلية يعادل تماماً ما يترتب من الآثار القانونية على الحقوق العينية، أى حق التتبع والامتياز، وعلى ذلك فلا ينشأ هذا الحق إلا بتسجيله لا بمجرد التعاقد (٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٩١ ص ٩٧٨ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه).

(١) وكنا من ينتقد، في عهد التقنين المدني السابق، عينية الحق في الحبس التي اعتنقها هذا التقنين، كاشفين عن حقيقته من أنه دفع لا حق (نظرية المقدر للمؤلف فقرة ٦٦٨ ص ٧١٣ هامش رقم ١). ولا ضرر يعود على الغير من اعتبار الحق في الحبس دفعاً سارياً في حقه دون أن يشهر، ذلك أن الدائن، إذا حبس عن مدينه ما عليه لهذا المدين حتى يستوفى حقه المرتبط بالدين المحبوس، فإنه لا يثرى على حساب مدينه، بل يتجنب أن يثرى المدين نفسه على حسابه هو (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وأسبان ٦ فقرة ٤٥٩).

(٢) انظر التقنين المدني الألماني (م ٢٧٣ — ٢٧٤ وم ٣٢٠ — ٣٢٢) والتقنين المدني الأرجنتيني (م ٣٩٣٩ — ٣٩٤٦). أما التقنين المدني السويسري (م ٨٩٥ — ٨٩٨) فيبدو أنه يعتبر حق الحبس حقاً عينياً (انظر بنوع خاص م ٨٩٨). وانظر في حق الحبس وبوجه عام الامتناع المشروع عن الوفاء في الفقه الإسلامي الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ٣٤٠ وما بعدها.

الحبس يقوم في أساسه على مبدأ عام ، هو أن الدائن إذا كان مدينا في الوقت ذاته لمدينه ، فمن حقه بقدر الإمكان أن يستوفي الدين الذي له من الدين الذي عليه . وهذا المبدأ يقوم على اعتبارات تملها بداهة المنطق ومقتضيات العدالة ، وتمتد في جذورها إلى أعماق التاريخ فقد كان القانون الروماني كما قدمنا يعالج الحالات التي تتجمع حول هذا المبدأ بعلاج واحد هو الدفع بالغش (exceptio doli) .

ونجد تطبيق هذا المبدأ كاملاً في المقاصة القانونية . فحيث يكون الدائن مدينا لمدينه ، وتوافر في الدينين صفات معينة بأن يكونا خالين من النزاع وحالين ومن جنس واحد ، فكل دائن منهما يستوفي الدين الذي له من الدين الذي عليه ؛ فيقال أن الدينين قد انقضيا قصاصاً بقدر الأقل منهما^(١) .

ثم نجد تطبيق هذا المبدأ بعد ذلك في العقود الملزمة للجانبين . فلكل من المتعاقدين أن يقف الوفاء بالدين الذي عليه حتى يستوفي الدين الذي له ، وهذه قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وقد بسطناها تفصيلاً في الجزء الأول من هذا الوسيط^(٢) .

ثم نجد تطبيق هذا المبدأ في العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة . فلحافظ الوديعة أن يقف تنفيذ التزامه من رد الوديعة إلى المودع ، حتى يستوفي ما في ذمة

(١) وتختلف المقاصة عن الحبس في أمرين : (أ) يشترط في المقاصة اتحاد جنس الدينين دون حاجة إلى قيام ارتباط فيما بينهما . وعلى النقيض من ذلك الحبس ، فيشترط فيه الارتباط دون اتحاد جنس الدينين . (ب) المقاصة سبب لانقضاء الدينين بقدر الأقل منهما ، فهي وسيلة ضمان ووسيلة استيفاء . أما الحبس فيبقى الدينين قائمين وأحدهما ضامن للآخر ، فهو وسيلة ضمان دون أن يكون وسيلة استيفاء (بودري ودولوان فقرة ٢٢٠ — جوسران ٢ فقرة ١٤٦٦ — الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات ص ٦١٩ هامش رقم ٢ — الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٩٢ — فقرة ١٩٨) .

(٢) الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٤٩٢ — فقرة ٥٠٣ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٦ — فقرة ٦٧٧ — وانظر أيضاً الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٢٤ وما بعدها — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ١٨١ هامش رقم ١ — وقارن في التمييز بين الحق في الحبس والدفع بعدم تنفيذ العقد : كاييتان في السبب فقرة ١٢٦ — دي باج ٢ فقرة ٨٧١ — أنسيكلويدي دالوز ٤ لفظ Rétenion فقرة ٢ وفقرة ٢٧ — فقرة ٣١ — الأستاذ حلمي بهجت بدوي في نظرية العقد فقرة ٣٥٧ — فقرة ٣٦٠ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٤ ص ٢٤٤ هامش رقم ١ .

المودع من مصروفات أنفقت في حفظ الوديعة ومن تعويض عما عسى أن تكون الوديعة قد أحدثت من الضرر .

ثم نجد تطبيق هذا المبدأ حتى لو لم تقم علاقة تعاقدية بين الطرفين ، مادامت هناك رابطة تربط العين المحبوسة بالدين المحبوس من أجله (rapport de connexité entre la dette et la chose - debitum cum re junctum) كالحائز يحبس العين حتى يسترد من المالك المصروفات الضرورية ومصروفات التحسين .

بل إن هناك ميلاً عند بعض الفقهاء^(١) للذهاب إلى مدى أبعد من هذا ، وإعطاء الحق في الحبس للدائن ما دام مديناً لمدينه ، حتى لو لم توجد أية رابطة ما بين الدينين ، فالتقابل ما بين الدينين ، لا الرابطة بينهما ، هو الذي نقف عنده لإعطاء الحق في الحبس . ويتحقق هذا الوضع الآن عملاً ، لامن طريق الحق في الحبس ، بل من طريقين آخرين : (أولاً) من طريق المقاصة القضائية ، فيدفع المدين دعوى دائنيه عن طريق دعوى فرعية (demande reconventionnelle) يرفعها على الدائن يطالبه فيها بدين له في ذمة دائنه ، ولو لم يوجد أى ارتباط ما بين الدينين . فإذا كان المدين محقاً في دعواه الفرعية ، أجرى القاضي مقاصة قضائية ما بين الدينين . (ثانياً) من طريق حجز الدائن تحت يد نفسه (saisie - arrêt sur soi - même) ، فللدائن إذا كان في الوقت ذاته مديناً لمدينه أن يحجز هذا الدين الذي عليه لمدينه تحت يد نفسه ، ولو لم يكن بين الدينين أى ارتباط ، وإذا حكم القاضي بصحة الحجز أجرى المقاصة ما بين الدينين . فما يصل إليه الشخص الآن عن طريق المقاصة القضائية وعن طريق الحجز تحت يد نفسه ، يمكن إذا تطور الفكر القانوني أن يصل إليه عن طريق الحق في الحبس ، إذا بلغ هذا الحق في تطوره مداه الأخير ، وأصبح يثبت في أى دينين متقابلين من غير أن تقوم بينهما أية رابطة^(٢) .

ونتبين من هذا التحليل طبيعة الحق في الحبس في التقنين المدني الجديد .

(١) انظر بنوع خاص كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٤٨٢ ص ٩٣٦ هامش رقم ٣ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥١ .

فليس هو بالحق العيني، ولا بالحق الشخصي^(١). بل هو حق المدين في أن يقف الوفاء بدينه حتى يستوفي الدين الذي له في ذمة دائته، فهو دفع بعدم التنفيذ، يدخل تحته الدفع بعدم تنفيذ العقد الذي يعتبر فرعاً عنه^(٢). وهو بمثابة ضمان خاص أعطاه التقنين المدني الجديد لكل دائن يكون مديناً في الوقت ذاته لدائته، فيحبس الدين الذي عليه حتى يستوفي الدين الذي له. ومن ثم نقل الحق في الحبس من المكان الذي كان له في التقنين المدني السابق إلى المكان الذي له الآن في التقنين المدني الجديد، فأدرج ضمن ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل ضمان، إذ هو إحدى وسائل الضمان في هذه الحالة الخاصة^(٣)، وكما أن الدائن في الدعوى غير المباشرة يتوثق للتنفيذ بحقه حقاً أهمله المدين، وفي الدعوى البولصية حقاً نقله المدين للغير غشاً، وفي دعوى الصورية حقاً تظاهر المدين بنقله للغير، فالدائن في الحبس يتوثق للتنفيذ بحقه حقاً للمدين ترتب في ذمته هو.

وهناك أهمية عملية كبيرة في هذا التحويل الذي أتى به التقنين المدني الجديد، وانتقل بمقتضاه الحق في الحبس من حق عيني إلى دفع بعدم التنفيذ. وتبين هذه الأهمية من الوجوه الآتية:

- (١) أصبح الحق في الحبس غير مذكور على سبيل الحصر، بل هو يمتد إلى «أحوال لا تنتهي»^(٤)، إذ هو دفع وليس بحق عيني أو حق شخصي.
- (٢) تزول بالتكييف الجديد صعوبات كانت قائمة في عهد التقنين السابق، فقد كان هذا التقنين يعتبر الحق في الحبس حقاً عينياً، ومع ذلك فإن حق التقدم وحق التبع المصاحبين دائماً للحقوق العينية لا يظهران في وضوح مصاحبين لهذا الحق العيني.

(١) أنظر في هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٢٦ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢١٧ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٨ — وقارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات الشخصية والعينية (فقرة ١٦٢ ص ٢٤٠) حيث يذهب إلى أن الحق في الحبس حق شخصي يترتب في ذمة المدين متعلقاً بالشئ المحبوس.

(٢) جوسران ٢ فقرة ١٤٧١ — أنسيكلويدى دالوز ٤ لفظ Rétention فقرة ٦.

(٣) قارب في هذا المعنى الدكتور صلاح الدين الناهى في الامتناع المشروع عن الوفاء

ص ٤٢١ — ص ٤٢٢.

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤٨.

(٣) تنتهى بالتكليف الجديد مشكلة إجراءات الشهر ، فقد كان واجبا إذا كيف الحق فى الحبس بأنه حق عيني أن يكون خاضعا للشهر ، أما الآن فهو دفع لا حق عيني ، ومن ثم لا يخضع لهذه الإجراءات .

فالتكليف الصحيح للحق فى الحبس فى التقنين المدنى الجديد إذن هو أنه دفع بعدم التنفيذ ، ينحول للدائن الذى يكون فى الوقت ذاته مدينا لمدينه أن يقف الوفاء بالدين الذى عليه حتى يستوفى الدين الذى له . ويقوم ذلك على اعتبارات ترجع إلى مقتضيات العدالة وبداهة المنطق القانونى^(١).

ونبحث الحق فى الحبس فى التقنين المدنى الجديد ، وفقا للخطة التى سار عليها هذا التقنين ، من الوجوه الآتية : (أولا) من حيث نشوئه (م ٢٤٦ مدنى) . (ثانيا) ومن حيث الآثار التى تترتب عليه (م ٢٤٧ مدنى) . (ثالثا) ومن حيث انقضائه (م ٢٤٨ مدنى) .

الفرع الاول

نشوء الحق فى الحبس

٦٤٠ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٤٦ من التقنين المدنى

على ما يأتى :

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد ما يأتى : « صور المشروع حق الحبس تصويراً يكشف عن حقيقته ، فهو ليس من قبيل الحقوق العينية كما صور خطأ فى التقنين الحالى (السابق) : أنظر المادة ١٩/٥ من التقنين المصرى (السابق) ، بل هو مجرد دفع يعتصم به الدائن بوصفه وسيلة فعالة من وسائل الضمان . وقد كف بهذه المثابة عن أن يكون حق حبس ، وأصبح حقا فى الحبس . وعلى هذا النحو خرج المشروع بهذا الحق من نطاق التطبيقات الخاصة التى وردت فى التقنين الحالى (السابق) على سبيل الحصر ، إلى حيز المبادئ العامة ، وبذلك كف له عموم التطبيق فى أحوال لا تنتهى . فلكل مدين أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه استناداً إلى حقه فى الحبس ، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام نشأ بسبب التزام هذا المدين وكان مرتبطاً به (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤٨) .

وجاء أيضا فى المذكرة الإيضاحية ما يأتى : « صور المشروع حق الحبس تصويراً يكشف عن حقيقته ، فجعل منه مجرد دفع من الدفع لا يختلط بالحقوق العينية ولا يشاركها فى مقوماتها . =

١ - لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومربط به ، أو ما دام الدائن لم يتم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا .

٢ - ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محزره إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع^(١). ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٧٣١/٦٠٥ . وقد سبق ذكرها ، وكذلك سبقت مقارنة التقنين المدني السابق بالتقنين المدني الجديد في هذا الموضوع .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٤٧ ، وفي التقنين المدني العراقي المواد ٢٨٠-٢٨٢ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٤٩ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٢٧١-٢٧٢^(٢) .

== ثم أنه استعاض عن بيان أحوال الحبس على سبيل الحصر بإيراد قاعدة عامة ، لها من السعة ما يؤهلها لأن تتناول جميع التطبيقات التي يملى العقل فيها وجوب تخويل هذا الحق ، فتحاى بذلك ما ينطوى في ذاك البيان من إسراف في الحرج والتضييق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٣١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد فيما عدا بعض اختلاف لفظي . وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية فأصبح النص مطابقاً ، وصار رقمه ٢٥٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض بأن النص يقرر مبدأ جديداً ، لأنه يصور حق الحبس في أوسع نظرياته . ورد على هذا الاعتراض بأن النظرية التي أخذ بها النص ليست نظرية جديدة بل هي نظرية الدفع بعدم التنفيذ ، على أن حق الحبس لا يتوافر بمجرد أن يقع شيء للمدين صدفة في يد الدائن ، بل يجب أن تتوافر شروط معينة وحكم النص ليس جديداً ، بل يوجد ما يماثله . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاعتراض ، وأقرت النص كما هو تحت رقم ٢٤٦ . ثم أقره مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٠ و ٦٥١ - ص ٦٥٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٤٧ : مطابقة لنص

التقنين المصري .

التقنين المدني العراقي : م ٢٨٠ - ١ - البائع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري جميع

التمن الحال . وللعامل أن يحبس الشيء الذي يعمل فيه إلى أن يستولى الأجر المستحق ، سواء كان لعمله أثر في هذا الشيء أو لم يكن . وذلك كله وفقاً للأحكام التي قررها القانون . ٢ - وفي كل معارضة مالية بوجه عام ، لكل واحد من المتعاقدين أن يحبس المقود عليه وهو في يده ، حتى يقبض البذل المستحق .

ويتبين من هذا النص أن للحق في الحبس شروطاً إذا توافرت نشأ هذا الدفع ، وأن له تطبيقات متنوعة لا يمكن ذكرها على سبيل الحصر . فنبسط هذه الشروط ، ثم نستعرض بعض التطبيقات سواء ما ورد فيه نص صريح أو ما لم يرد فيه نص .

المبحث الأول

الشروط الواجب توافرها لنشوء الحق في الحبس

٦٤١ - **شروطه لنشوء الحق في الحبس** : وضعت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ قاعدة عامة يرد إليها جميع تطبيقات الحق في الحبس . وهذا هو الجديد الذي أتى به التقنين المدني الحالي ، فقد كان حق الحبس في التقنين المدني السابق ، كما رأينا ، يقتصر على حالات خاصة مذكورة على سبيل الحصر ، إذ كان يعتبر في هذا التقنين حقاً عينياً .

= م ٢٨١ : يجوز لمن أنفق على ملك غيره ، وهو في يده ، مصروفات ضرورية أو نافعة ، أو أنشأ فيه بناء أو غرس أشجاراً ، أن يمتنع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له قانوناً ، لا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع .

م ٢٨٢ : ١ - لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوف بالالتزام في ذمته نشأ بسبب الالتزام المدين وكان مرتبطاً به . ٢ - فإذا قدم الدائن تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه ، سقط حق المدين في الامتناع عن أداء ما التزم به .

(وهذه النصوص في جملتها تتفق في أحكامها مع أحكام التقنين المدني المصري ، وإن كان التقنين المدني العراقي توخى أن يساير الفقه الإسلامي في تطبيقاته المختلفة للحق في الحبس ، ثم انتهى إلى وضع قاعدة عامة هي القاعدة التي أتى بها التقنين المصري — انظر في شرح هذه النصوص في التقنين المدني العراقي الدكتور حسن علي الذنون في أحكام الالتزام في التقنين المدني العراقي ص ١١٠ — ص ١١٣) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٤٩ : مطابقة لنص التقنين المدني المصري .
تقنين الموجبات والعقود للبناني م ٢٧١ : أما وسائل التنفيذ فهي بالعكس لا يجوز للدائن استعمالها إلا إذا كان حقه مستحق الأداء . وأخص تلك الوسائل الحجز التنفيذي ، ومنها أيضاً طريقة التفرير (المادة ٢٥١) وحق الحبس ، أي حق كل شخص دائن ومدين معا في معاملة أو حالة واحدة بأن يمتنع عن التنفيذ ما دام الفريق الآخر لم يعرض القيام بما يجب عليه . = (م ٧٢ الوسيط — ج ٢)

أما في التقنين الجديد فلا تمحصر حالات الحق في الحبس ، ولكن تمحصر الشروط التي إذا هي توافرت تنشئ الحق في الحبس . ويمكن من الرجوع إلى النص المشار إليه حصر هذه الشروط في شرطين اثنين :

(أولاً) أن يكون هناك شخصان كل منهما دائن للآخر ومدين له ، ومن ثم يكون هناك دينان متقابلان : دين في ذمة الأول للثاني ، ودين مقابل له في ذمة الثاني للأول .

(ثانياً) أن يكون هناك ارتباط (lien de connexité) ما بين الدينين .

ونستعرض كلا من هذين الشرطين .

٦٤٢ — الشرط الأول — دينان متقابلان : يجب أولاً أن يكون هناك شخص مدين لآخر ، وثانياً أن يكون هذا الآخر مديناً هو أيضاً للأول . فيقف الأول الوفاء بالدين الذي عليه حتى يستوفي الدين الذي له .

أما الدين الذي في ذمة الشخص الأول — وهو المحل الذي يقع عليه الحبس — فيصبح أن يكون متعلقاً بعين معينة بالذات ، كدار باعها صاحبها فأصبح مديناً

م ٢٧٢ : إن حق الحبس لا ينحصر في كل من كان دائناً ومديوناً بموجب عقد متبادل ، بل يوجد أيضاً في كل حالة يكون فيها الدين متصلاً بموضوعه ، أي حيث يكون التلازم موجوداً بين الموجب المطلوب والدين المختص بمن يستعمل حق الحبس من أجل ذلك الموجب ، فهو أي حق الحبس يعود مثلاً إلى واضح اليد أو المستثمر أو إلى محرز الشيء المرهون بدون أن يكون ثمة تمييز بين الأموال المنقولة وغير المنقولة ولا بين الحابس الحسن النية وسيئها . وإنما يحرم حق الحبس محرز الأشياء المفقودة أو المسروقة ومحرز الأشياء التي انتزعت بالعنف من صاحبها الحقيقي .

(وأحكام هذه النصوص تتفق في جملتها مع أحكام نصوص التقنين المصري ، فقد جعل التقنين اللبناني من الحق في الحبس نظرية عامة ولم يورد تطبيقاته على سبيل الحصر ، ولم يجعله حقاً عينياً ، وتناول به حالتي الدفع بعدم تنفيذ العقد والارتباط ما بين الشيء المحبوس والدين المحبوس من أجله ، وأوجب ألا يكون الالتزام سببه إحراز الأشياء المفقودة أو المسروقة وإحراز الأشياء التي انتزعت بالعنف من صاحبها الحقيقي . وأورد تطبيقات مختلفة للحق في الحبس نثرها في نواح متفرقة : م ٤٨٣ و ٥٧١ و ٥٨٢ و ٦٧٧ و ٦٨٦ و ٧١٨ و ٧٥١ و ٧٩٣ و ٧٩٨ الخ الخ . انظر في كل ذلك الدكتور صبحي الحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٤٦ — ص ٤٩) .

بتسليمها إلى المشتري ، فيقف تنفيذ التزامه بالتسليم حتى يستوفى الثمن (١) .
ويصح أيضاً أن يكون الدين محله شيء غير معين بالذات ، نقود أو أشياء مثلية ،
كما لو اشترى شخص شيئاً فيقف دفع الثمن للبائع حتى يقوم البائع بتسليمه الشيء
المبيع . بل يصح أن يكون محل الدين عملاً أو امتناعاً عن عمل . فالمقاول يستطيع
ألا يبدأ العمل حتى يستوفى ما أتفق مع رب العمل على أن يعجله له من الأجر .
وصاحب الأرض الذي تعهد ألا يمنع جاره من المرور في أرضه ، مقابل جعل
معين ، يستطيع أن يقف تنفيذ التزامه فيمنع الجار من المرور حتى يستوفى جعله (٢) .

(١) والغالب فيما يرد عليه الحبس أن يكون شيئاً مادياً ، منقولاً أو عقاراً (استئناف مختلط
٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١) . ولا يرد الحبس على الأشخاص بأية حال ، فلا يجوز مثلاً
لصاحب المدرسة أن يحبس التلميذ عن ولى أمره لعدم دفعه المصروفات الدراسية ، ولا لمستشفى
الولادة أن يحبس المولود من ذويه حتى يستوفى أجره ، ولا لمتعهد الجنائز أن يمتنع عن تسليم جثة
الميت إلى أهله حتى يستوفى منهم مصروفات الجنازة (بيدان وفواران فقرة ٢٧٣ — الأستاذ
سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٠) .

ويغلب أن يكون الشيء المحبوس مملوكاً للمدين ، ولكن ذلك ليس بشرط ، فقد يكون مملوكاً
للدائن الحابس نفسه وعليه التزام بأدائه للمدين . فالمؤجر له أن يحبس العين المؤجرة — وهي
ملكه ولكنه التزم بتسليمها للمستأجر — حتى يستوفى الأجرة (أنيكلو بيدى دالوز ٤ لفظ
Rétention فقرة ١٦ ص ٧٠٥ — الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٠ ص ٥٩٦ —
الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٦٥ ص ٢٦١ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام
فقرة ١٣٤ — قارن كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٤٧٣ — بلانيول وريبير
وبولانجييه ٢ فقرة ٣٢٧ — الدكتور منصور مصطفى منصور في نظرية الحلول العينية رسالة على
الآلة الكاتبة من القاهرة سنة ١٩٥٣ ص ١٧٩ هامش رقم ٢) .

(٢) كاسان ص ٤٨٥ — هذا والمادة ٨١٢ من التقنين المدني تجعل لمالك الأرض المحبوسة
حق المرور في الأرض المجاورة نظير تعويض عادل ، فإذا امتنع من دفع هذا التعويض ، كان
مالك الأرض المجاورة أن يقف تنفيذ التزامه فيمنع مالك الأرض المحبوسة من المرور .
ونرى مما تقدم أن نطاق الحق في الحبس قد اتسع من حيث الالتزامات التي يجوز الامتناع عن
تنفيذها ، ونص التقنين المدني الجديد يستجيب لهذا التوسع ، فهو يفترض أن الحابس ملتزم
« بأداء شيء » (tenue à une prestation) . ولفظ « شيء » ، الذي أريد به المعنى المقصود
من لفظ (prestation) ، يتسع لكل التزام أيا كان محله ، ولو كان المحل امتناعاً عن عمل .
فليس من الضروري أن يحبس الدائن عيناً مادية ، بل يصح أن يحبس تنفيذ التزام بتقل حق عيني
أو بعمل أو بامتناع عن عمل . وإذا كان التقنين المدني الألماني (م ٢٧٣) قد عرف الحق في الحبس
تعريفاً واسعاً قصد به أن يتناول الحبس كل التزام أيا كان محله ، فلست نرى — خلافاً لما ذهب
إليه الأستاذ إسماعيل غانم (أحكام الالتزام فقرة ١٤٣) — أن التقنين المدني المصري الجديد قد
تخلف عن التقنين المدني الألماني في ذلك .

على أنه لا يصح أن يكون محل الدين ملكاً عاماً ، استأجره شخص مثلاً وأنفق عليه ويريد حبسه حتى يستوفى ما أنفق ، وذلك أن حبس الملك العام يفوت المصلحة العامة التي أعد لها هذا الملك^(١). كما لا يصح أن يكون محل الدين شيئاً غير قابل للحجز عليه في الدين المقابل . فلا يحبس هذا الشيء عن صاحبه إلا بقدر ما يكون قابلاً للحجز عليه في هذا الدين . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٤٨٨ من تقنين المرافعات من أنه لا يجوز الحجز على أجور الخدم والصناع والعمال أو مرتبات المستخدمين إلا بقدر الربع ، فلا يجوز لرب العمل ، بعد أن استحق العامل أجره ، أن يحبس أكثر من ربع هذا الأجر عنه حتى يستوفى منه التزاماً ترتب في ذمته له . ومثل ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٤٨٥ من تقنين المرافعات من عدم جواز الحجز على أشياء معينة إلا لاقتضاء ثمنها أو مصاريف صيانتها أو نفقة مقررة ، فلا يجوز حبسها عن صاحبها إلا في دين من هذه الديون^(٢).

ولا يشترط في الدين — محل الحبس — أن يكون مصدره عقداً ، فقد يكون مصدره عملاً غير مشروع أو إضرار بلا سبب أو نصاً في القانون . فإذا تصادمت ميارتان ، وأصبح صاحب كل سيارة مديناً بالتعويض لصاحب السيارة الأخرى ، ولم تتوافر شروط المقاصة القانونية في الدينين بأن كان أحدهما غير مقدر مثلاً ، جاز لمن كان الدين الذي عليه مقدراً أن يحبس هذا الدين حتى يستوفى حقه بعد أن يتم تقديره . فالدين المحبوس هنا مصدره العمل غير المشروع . وقد نصت الفقرة

(١) أنسيكلويدي دالوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ١٧ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٦ — الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ ص ١٨٤ .

(٢) الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٠ ص ٥٩٦ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٦ — الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ ص ١٨٤ .

وقد اختلف في جواز حبس العين الموقوفة ، ولكن الراجح الجواز ، لأن الحبس حق مؤقت لا يؤدي إلى بيع العين المحبوسة ، فلا يتناقض مع طبيعة الوقف ، ولا يفوت معه الغرض من الوقف (استئناف أسبوط ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٤ ص ٣٩٩ — محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية ٢٦ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٥٥ ص ٢٧٨ — محكمة قنا الكاية ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٧ المحاماة ٨ رقم ٣٥١ ص ٥٣٥) .

الأولى من المادة ٩٢٤ مدني على أنه « إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه ، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت » . ففي هذه الصورة يلتزم صاحب الأرض بتسليم المنشآت بعد إزالتها إلى صاحبها ، ومصدر التزامه الإثراء بلا سبب ، ويلتزم صاحب المنشآت أن يزيلها على نفقته وأن يدفع تعويضاً عن الضرر الذي أحدثه لصاحب الأرض ، ومصدر التزامه العمل غير المشروع . فيستطيع صاحب الأرض أن يحبس المنشآت بعد إزالتها ، حتى يستوفي من صاحبها نفقة الإزالة والتعويض المستحق . ونصت المادة ٩٢٨ مدني على أنه « إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك في نظير تعويض عادل » . ففي هذه الصورة يلتزم صاحب الأرض بأن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وهذا التزام مصدره نص في القانون ، وذلك في نظير تعويض عادل يلتزم بدفعه صاحب البناء لصاحب الأرض . ولصاحب الأرض أن يقف تنفيذ التزامه القانوني من اتخاذ الاجراءات اللازمة لنقل ملكية الجزء من الأرض المشغول بالبناء إلى صاحب البناء ، حتى يستوفي منه التعويض العادل .

على أن هناك استثناء واحداً من الأحكام التي قررناها ، وهو استثناء ورد في آخر الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ . فان هذا النص يجعل لحائز الشيء حق حبسه حتى يسترد المصروفات الضرورية أو النافعة التي أنفقها على هذا الشيء « إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع » . فالزام الحائز برد الشيء الذي حازه أو أحرزه قد يكون مصدره العقد ، فيجوز حبسه ، وذلك كالالتزام المستأجر برد العين المؤجرة إلى صاحبها عند نهاية الإيجار فيحبس العين حتى يسترد ما أنفق عليها . وقد يكون مصدره رد غير المستحق ، فيجوز أيضاً حبسه ، وذلك كالالتزام من تسلم بحسن نية عيناً من غير حق فيلتزم بردها إلى صاحبها وله أن يحبسها حتى يسترد ما أنفق عليها . وقد يكون مصدره العمل غير المشروع ، وهنا لا يجوز حبسه ، وذلك كما إذا اغتصب الحائز العين من صاحبها أو سرقها

منه أو وجدها ضائعة فاستولى عليها ، فانه لا يجوز له أن يحبسها حتى يستوفى ما أنفق عليها ما دام قد حازها بعمل غير مشروع . بل يجب عليه تسليمها فوراً إلى صاحبها ، ثم يرجع عليه بعد ذلك بما أنفق (١) . لكن إذا حاز الشخص عيناً مسروقة أو ضائعة دون أن يكون هو الذى سرقها أو عثر عليها ، لم يكن التزامه برد العين إلى صاحبها مصدره عمل غير مشروع ، ومن ثم جاز له أن يقف تنفيذ الالتزام بالرد حتى يستوفى ما أنفق من المصروفات (٢) .

(١) ويحرم الحائز بعمل غير مشروع الحق في الحبس ، حتى لو مضى على حيازته غير المشروعة سنة أو أكثر . فإن مضى هذه المدة إنما ينقضى بها حق الحائز الأصل في استرداد حيازته بدعوى من دعاوى الحيازة ، ولكن لا ينقضى بها حق الحائز الأصل في استرداد حيازته بدعوى الملكية إذا كان مالكا ، وفي هذه الحالة لا يجوز للحائز بعمل غير مشروع حبس العين ، فإن هذا يتعارض مع العدالة وحسن النية وهما الأساس الذى يقوم عليه الحق في الحبس (انظر في هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ١٨٣ هامش رقم ٣ - وانظر عكس ذلك الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٧) .

(٢) قارن تقنين الموجبات والمقود البناني م ٢٧٢ فقرة ثانية .

هذا ويشترط في الحائز ، حتى يحبس الشيء ، أن تكون حيازته ليست مجرد حفظ مادي للشيء بمقتضى واجبات وظيفته ، فلا يجوز للصراف في محل تجارى أن يحبس الخزائن المملوكة بحفظها إليه حتى يستوفى أجره (انظر في هذه المسألة بلانيول وريبير وأسبان ٦ فقرة ٤٥١) . وليس من اللازم أن يحوز الحابس الشيء بنفسه ، بل يصح أن يحوزه عنه عدل يتفق عليه الحابس والمالك (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٧) . ويشترط أن يبقى الشيء في يد الدائن (استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٥ ص ٩٤) ، فإذا خرج الشيء من يده بإرادته لم يستطع أن يسترده (محكمة المنصورة الكلية الوطنية ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٢٣ ص ٥٢) . وقد يكون الدائن الحابس حائزاً للشيء بمقتضى أنه مالك له أو بمقتضى أنه يحوزه حيازة قانونية (possession) ، أو بمقتضى أنه يحوزه مجرد إحراز (détention) ، ويجب أن يكون الشيء المحبوس مستحق التسليم لمدين الحابس سواء كان هذا المدين يملكه أو كان هو صاحب الحق في حيازته القانونية أو في مجرد إحرازه للانتفاع به . فيجوز للمؤجر أن يحبس ملكه من المستأجر ، ويجوز لحائز الشيء أن يحبسه من مالكة ، ويجوز للمستأجر أن يحبس العين المؤجرة - وهي في حوزة لاني حيازته - عن آلت إليه ملكيتها حتى يستوفى حقه في التعويض عند عدم نفاذ الإجارة في حق المالك الجديد (الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٠ ص ٥٩٥ - ص ٥٩٦ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ ص ١٨٢) . وقد قضت محكمة استئناف مصر ، في عهد التقنين المدنى السابق ، بأنه لا يصح اعتبار المستأجر حائزاً للمقار بسبب صحيح يجعله في حل من أن يصرف على العين ما يشاء لتحسينها وصيانتها ، إذ ليس للمستأجر غير الانتفاع بالعين المؤجرة بالحالة التى هى عليها وقت التأجير ، ولا يجوز أن يسمح للمستأجر بأن يخلق لنفسه بفعله الشخصى حقاً عينياً على العين المؤجرة بما =

أما الدين الآخر المقابل للدين الأول ، والذي يحبس من أجله الدين الأول حتى يستوفى هو ، فيجب أن يكون ديناً مدنياً حالاً لم يتم تنفيذه . فإذا كان ديناً طبيعياً لم يحجز الحبس من أجله ، وإلا كان في هذا جبر على تنفيذ الالتزام الطبيعي ، ولا جبر في تنفيذه كما قدمنا^(١) . وإن كان غير حال ، فلا معنى لحبس الدين الأول إلى حين استيفاء هذا الدين الثاني ما دام استيفاءه وقت الحبس ليس بواجب^(٢) .

— يقوم بصرفه في شؤون إصلاحها وصيانتها ، إلا إذا كان المالك المؤجر قد اتفق معه على ذلك ، والقول بغير هذا معناه تمكين المستأجر من الإضرار بالمالك متى شاء ، والقانون لم يوضع للاضرار بالناس (٨ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٦٩ ص ١٦٩) .

(١) بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٤٤ مكررة ٢ — أنسيكلوبيدي دالوز : لفظ (Rétention) فقرة ١٥ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨ .

(٢) فيشترط إذن أن يكون حق الدائن مستحق الأداء (انظر في هذا المعنى وما يقوم عليه من مبررات الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٠٩) . فإذا كان هذا الحق مؤجلاً أو معلقاً على شرط واقف ، فإنه لا يخول الحق في الحبس (الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٠٩ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨) . ولكن لا يشترط أن يكون مقدراً (liquide) ، فيثبت الحق في الحبس إلى أن يتم تقديره والوفاء به ، وإذا كان ذلك مشروطاً في المقاصة القانونية فلائ الدينين ينقضيان بقدر الأقل منهما فكان لا بد من أن يكونا مقدرين ، ولا حاجة إلى ذلك في الحبس فهو امتناع مؤقت عن التنفيذ لا تظهر فيه وجه الضرورة في أن يكون الدين مقدراً (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٠٩ ص ٤١٥ — ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٥٨ ص ١١٧٤ . استئناف مخطوط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢ — ١٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٤٣ ص ١٠٣٨ — الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٠٩ ص ٥٩٤ — ص ٥٩٥ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٨ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨ — ص ١٨٩) . ويجوز للقاضي أن يحدد أجلاً يقوم الدائن فيه بتقدير حقه حتى لا يطول أمد الحبس (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٩) ، كما يجوز للقاضي أن يقدر قيمة الحق مؤقتاً فينتهي الحبس إذا أودعت هذه القيمة المؤقتة خزانة المحكمة (استئناف مخطوط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢ ، وهما الحكمان اللذان سبقت الإشارة إليهما) . ويلاحظ الأستاذ سليمان مرقس أنه « إذا كانت المادة ٥٨٩ المتعلقة بحق المؤجر في حبس المنقولات الموجودة في العين المؤجرة لا تشترط أن تكون الأجرة حالة ، فما ذلك إلا لأن حق الحبس في هذه الحالة متفرع عن حق امتياز المؤجر ، ولأن هذا الامتياز يثبت للمؤجر بمجرد العقد ومن قبل حلول الأجرة ، ولأن استعمال المؤجر حقه في الحبس ضروري للمحافظة على امتيازته ، فلا بد من ثبوت الحق في الحبس في هذه الحالة بمجرد ثبوت الامتياز ، أي من وقت العقد ، ولو كانت الأجرة غير مستحقة الأداء » (الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٠٩ ص ٥٩٤) .

ولكن الحق في الحبس يبقى قائماً حتى لو نفذ الدين الثاني تنفيذا جزئياً (١) أو تنفيذاً معيباً ، فما لم يكن التنفيذ تنفيذاً كاملاً سليماً جاز حبس الدين الأول . ولكن يجب أن يكون العيب في التنفيذ عيباً جدياً ، وأن يكون الجزء الباقي بغير تنفيذ جزءاً غير تافه ، وإلا لم يحجز الحبس . والقضاء رقيب على كل ذلك ، فإذا ادعى الدائن الحابس أن تنفيذ الدين الذي له هو تنفيذ معيب أو تنفيذ جزئي ، ومن ثم فقد استبقى حقه في الحبس ، كان للقضاء تقدير العيب في التنفيذ أو تقدير ما بقي من الالتزام دون تنفيذ للبت فيما إذا كان هذا يبرر استبقاء الدائن لحقه في الحبس .

وإذا كان الاتفاق أو العرف يقضي بأن يكون تنفيذ الالتزام الثاني تالياً لتنفيذ الالتزام الأول ، لم يحجز حبس الالتزام الأول إلى حين تنفيذ الالتزام الثاني . فإذا كان المستأجر ملتزماً بدفع الأجرة مقدماً قبل أن يتسلم العين المؤجرة ، لم

= وغنى عن البيان أنه يجب أيضاً أن يكون حق الدائن الحابس محقق الوجود ، فإذا وقع نزاع جدي في الحق الذي يدعيه ، لم يكن له الحق في الحبس . ومن ثم لا يجوز للمستأجر أن يحبس الأجرة حتى يستوفى من المؤجر تعويضاً يدعي أنه يستحقه ، إذا كانت دعوى التعويض لم يبت فيها القضاء (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨ — أنسيكلوبيدي دالوز ؛ لفظ Rétention فقرة ١٥٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع في الدعوى هو أن المطعون عليه تعاقد مع الطاعنة على استغلال « فيلم » في الخارج لقاء مبلغ معين - ٧٥٠٠ جنيه - يدفعه المطعون عليه ، دفع منه وقت العقد جزءاً - ١٠٠٠ جنيه - وتعهد بدفع جزء آخر - ٣٠٠٠ جنيه - في مدى شهر من التوقيع على العقد ، بحيث إذا تأخر عن دفع هذا الجزء في ميعاده يصبح المبلغ الذي دفع أولاً حقاً للطاعنة بصفة تعويض ويعتبر العقد لاغياً ، وباقي المبلغ يدفع عند تسليم الفيلم في الخارج ، وتعهدت الطاعنة بأنه يتم إيصال الفيلم إلى الخارج في خلال أربعة شهور من تاريخ التعاقد - أي بعد وفاء المطعون عليه بالتزامه - وكان الثابت من أوراق الدعوى أن المطعون عليه لم يف بما تعهد به إذ لم يدفع سوى مبلغ ٢٠٠٠ جنيه بعد الميعاد المتفق عليه ، فانه يكون للطاعنة - رغماً عن قبولها الوفاء الجزئي على غير الوجه المتفق عليه - أن تحبس التزامها بالتسليم حتى يقوم المطعون عليه بالوفاء الكامل ، إذ ليس من شأن قبول الطاعنة للمبلغ الذي دفعه المطعون عليه بعد الميعاد المتفق عليه ما يسقط حقها في الحبس . بل كل ما عسى أن يكون له من شأن أنه - إذا أكل المطعون عليه المبلغ إلى ٣٠٠٠ جنيه - يصلح دفعاً لدعوى الطاعنة إذا هي رفعتها طالبة الفسخ لعدم وفاء الطاعن بما تعهد به على الوجه المتفق عليه . أما حقها في حبس التزامها بالتسليم ، فلا يسقطه قبولها وفاء بعض المتعهد به بعد الميعاد المتفق عليه (نقض مدني ١٤ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٥ ص ١٠٠٠) .

يجز له أن يحبس الأجرة حتى يتسلم العين . وقد جرى العرف أن صاحب الفندق يقدم خدماته للنزيل قبل أن يستوفي الأجر ، فلا يجوز له حبس هذه الخدمات حتى يستوفي أجره . ولكن لا يمنع الدائن من استعمال حقه في الحبس أن يكون المدين قد منح أجلاً قضائياً (délai de grâce) لتنفيذ دينه ، فان مثل هذا الأجل — وقد أعطى معونة للمدين — لا يصح أن يكون سبباً في إسقاط حق دائته في الحبس (١) .

والدين المقابل ، كالدين الأول ، يصح أن يكون محله عيناً أو ديناً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل ، ويصح أن يكون مصدره عقداً أو عملاً غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نصاً في القانون . وقد مرت بنا أمثلة على بعض ذلك .

٦٤٣- الشرط الثاني — قيام الارتباط ما بين الدينين : ولا يكفي

أن يكون هناك دينان متقابلان على النحو الذي بسطناه ، بل يجب أيضاً أن يقوم ارتباط ما بين هذين الدينين (٢) .

والارتباط نوعان : ارتباط قانوني (connexité juridique) وارتباط مادي

(١) وكذلك إذا كان الدائن هو الذي تبرع بالأجل ، فالمفروض أنه لم يرد بمنحه المدين أجلاً أن ينزل عن حقه في الحبس (قارب المادة ٣٦٢ مدني في شأن المقاصة) . فإذا ادعى المدين أن الدائن أراد بمنحه الأجل أن ينزل عن حقه في الحبس ، فعلى المدين يقع عبء إثبات ذلك ، ما لم يفترض المشرع هذه النية عند الدائن (انظر مثلاً المادة ٥٩٩ فقرة أولى مدني) ، فينتقل عندئذ عبء الإثبات إلى الدائن وعليه أن يثبت أنه لم يقصد بمنحه المدين أجلاً أن ينزل عن حقه في الحبس (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨ وهامش رقم ٤) .

ويجب أن يكون حق الدائن تالياً أو معاصراً لحيازته للشيء المحبوس ، ولا يصح أن يكون سابقاً على الحيازة ، لأن الحق في الحبس ضمان لا يتعلق بنية الطرفين ، بل يتوقف على سبق قيام الحيازة كواقعة مادية (أنسيكلويدي دالوز ٤ لفظ Retention فقرة ١٨) .

(٢) بلانيول وريبير وأسبان ٦ فقرة ٤٤٤ — وفقرة ٤٤٩ بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٣٤ — ويذهب بودري ودي لوان مع أوبري ورو إلى أنه لا يكفي قيام الارتباط ما بين الدينين ، بل يجب أيضاً أن يكون بينهما أصل مشترك (أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٥٨ — بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٣٤) . ولكن الرأي الراجح هو الاكتفاء بقيام الارتباط ما بين الدينين (توليه ٣ فقرة ١٣٠ — ترولونج ١ فقرة ٢٥٨ وما بعدها — ديرانتون ٤ فقرة ٣٨٢ — جيلوار في حق الحبس فقرة ٥١ وما بعدها — بيدان وفواران ١ فقرة ٢٤٣ — فقرة ٢٥٠) .

أو موضوعي (connexité matérielle, objective) (١) .

فالارتباط القانوني هو الذي ينشأ عن علاقة قانونية تبادلية ما بين الدينين ، سواء كانت هذه العلاقة تعاقدية أو غير تعاقدية (٢) . ذلك أن الارتباط يوجد ، أول ما يوجد ، ما بين التزامين متبادلين في عقد ملزم للجانبين . فكل التزام من هذين سبب للالتزام الآخر ، كما تقول النظرية التقليدية في السبب . وعدم تنفيذ التزام منهما قد يؤدي إلى فسخ العقد ، وهو على كل حال يبيح للتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، وهذا هو الحق في الحبس في صورة الدفع بعدم تنفيذ العقد (٣) . ويبقى الارتباط قائماً على أساس علاقة تبادلية ، حتى لو فسخ العقد أو أبطل ، وأصبح واجبا على كل من المتعاقدين أن يرد للآخر ما أخذه منه ، فكل من هذين الالتزامين مرتبط بالالتزام الآخر ارتباطاً تبادلياً وإن لم تكن العلاقة بعد انحلال العقد علاقة تعاقدية . وينبني على ذلك أن كلا من الطرفين له أن يمتنع عن رد ما أخذه من الآخر ، حتى يسترد منه ما أعطاه (٤) .

(١) انظر في الارتباط القانوني أو المعنوي والارتباط الموضوعي أو المادي : كاسان تعليقه في سيريه ١٩٢١ — ٢ — ٢٥ — بلانيول وريبير وأسبان ٦ فقرة ٤٤٤ — بيدان وقواران ١ فقرة ٢٧٣ وما بعدها — أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ٣٨ — فقرة ٤٢ (دريدا) — الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١١ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٨ — فقرة ١٤٢ .

(٢) ولما كان الارتباط القانوني يتميز بهذه العلاقة التبادلية، فقد كان الأفضل أن يطلق عليه « الارتباط التبادلي » .

(٣) ومن ثم صار الدفع بعدم تنفيذ العقد صورة من صور الحبس . وقد حصر التقنين المدني الجديد (م ١٦١) دائرة الدفع بعدم تنفيذ العقد في العقود الملزمة للجانبين ، ووسع من نطاق الحق في الحبس فجعل الدفع بعدم تنفيذ العقد صورة من صوره كما قدمنا . وهناك اتجاه في الفقه الفرنسي يرى ، على العكس من ذلك ، إلى التوسع في الدفع بعدم التنفيذ وجعله شاملاً لجميع صور الارتباط القانوني فلا يقتصر على العقود الملزمة للجانبين ، والتضييق من حق الحبس ليكون مقصوراً على صور الارتباط الموضوعي أو المادي (بلانيول وريبير وأسبان ٦ فقرة ٤٤٤) . والتصوير الذي اختاره التقنين المدني المصري الجديد قريب من تصوير التقنين المدني الألماني ، فالمادة ٣٢٠ من التقنين الألماني تقصر الدفع بعدم التنفيذ على العقود الملزمة للجانبين والمادة ٢٧٣ لا تقصر حق الحبس على صور الارتباط الموضوعي (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٢) .

(٤) وقد كانت المادة ٢٤٤ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد تنص صراحة على الحق في الحبس في هذه الحالة ، إذ كانت تميز لكل من الطرفين « أن يحبس ما أخذه مادام المتعاقد =

وقد تقوم العلاقة التبادلية على غير عقد أصلاً ، فيقوم الارتباط على أساس هذا التبادل غير التعاقدى . ففى الفضالة — وهى ليست بعقد — التزامات الفصولى والتزامات رب العمل هى التزامات متبادلة ، ومن ثم قام الارتباط فيما بينها ، ويجوز لكل من الطرفين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفى التزامات الطرف الآخر (١) . وقد تنشأ العلاقة التبادلية من عقد ملزم لجانب واحد ، فتكون علاقة تبادلية تعاقدية . ففى عقد الودیعة يلتزم حافظ الودیعة بردها إلى المودع ، وقد يترتب فى ذمة المودع التزام برد ما أنفق حافظ الودیعة عليها من المصروفات أو بتعويض ما أصاب حافظ الودیعة من الضرر بسبب الودیعة . ففى هذه الحالة تكون هناك علاقة تبادلية تعاقدية نشأ عنها التزامان متقابلان : التزام برد الودیعة فى ذمة حافظ الودیعة ، والتزام برد المصروفات أو بالتعويض عن الضرر فى ذمة المودع . ومن ثم يستطيع حافظ الودیعة أن يجبس التزامه برد الودیعة ، حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض من المودع . ويلاحظ هنا أمران : (أولهما) أن عقد الودیعة ليس مصدراً إلا لأحد الالتزامين المتقابلين وهو الالتزام بالرد فى ذمة حافظ الودیعة ، أما الالتزام الآخر — وهو الالتزام برد المصروفات أو الالتزام بالتعويض — فمصدره الأثر بلا سبب فى حالة المصروفات والعمل غير المشروع فى حالة التعويض . وهذا بخلاف العقد الملزم للجانبين ، فانه مصدر كل من الالتزامين المتقابلين اللذين ينشآن عن هذا العقد . ومع ذلك فهناك تقابل واضح ، فى حالة الودیعة ، ما بين الالتزامين المشار إليهما ، مما حمل الفقهاء على القول بأن هناك علاقة تبادلية نشأ عنها الالتزامان المتقابلان ، فالارتباط فيما بينهما ارتباط قانونى (٢) . (والأمر الثانى) أنه إذا

= الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه أو يقدم ضماناً لهذا الرد طبقاً للقواعد العامة المقررة فى حق الحبس . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، إذ هو مجرد تطبيق للحق فى الحبس (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١) .

(١) ومن العلاقات التبادلية التى لاتقوم على عقد أصلاً علاقة الولى أو الوصى أو القيم بالمجبور بعد انتهاء الحجر ، فيكون على الولى أو الوصى أو القيم أن يرد للمجبور ما تحت يده من ماله على أن يسترد ما أنفق من مصروفات ، ومن ثم يجوز له حبس المسال حتى يسترد المصروفات (بلانيول وريبير وأسبان ٦ فقرة ٤٤٩ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٩ ص ١٩٣) .

(٢) ويبدو أن العلاقة التبادلية ما بين الالتزامين فى العقد الملزم لجانب واحد محل للنظر، =

كان الارتباط هنا ارتباطاً قانونياً ، فهو أيضاً ارتباط موضوعي إذ نشأ التزام المودع برد المصروفات أو بالتعويض بمناسبة الشيء المحبوس وهو الوديعة ، كما سئرى في الارتباط الموضوعي ، وننتقل الآن إليه^(١) .

فالارتباط الموضوعي أو المادى ينشأ لا عن علاقة تبادلية ما بين الدينين ، بل عن واقعة مادية هي أن الشيء المحبوس — والالتزام برده هو أحد الدينين — قد نشأ بمناسبة ومرتبطاً به (à l'occasion et en connexité)^(٢) الدين الآخر . فالخائر ، إذا لم تكن بينه وبين المالك أية علاقة غير الحيازة ، ملزم برد الشيء الذى فى حيازته إلى المالك . وقد يصبح دائئاً للمالك — بمناسبة هذا الشيء وهذه واقعة مادية — بالمصروفات التى أنفقها على الشيء أو بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من الشيء . ومن هنا وجد الارتباط المادى أو الموضوعي ما بين الدينين ، فحق الخائر قد نجم عن الشيء ذاته الذى يجب عليه رده (debitum cum re junctum) ،

= فلكل التزام مصدر مستقل ، وكان من الممكن أن يوجد أى التزام منهما دون أن يوجد الالتزام الآخر . والظاهر فى الارتباط هنا أن يكون ارتباطاً موضوعياً أو مادياً ، لا ارتباطاً قانونياً أو تبادلياً .

(١) والارتباط الموضوعي هنا أكثر وضوحاً وبروزاً من الارتباط القانوني كما سبق القول . انظر فى الأحوال التى يتحقق فيها الارتباط القانوني والارتباط المادى معاً : الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٠ ص ١٩٤ ، وقد أورد ضمن هذه الأحوال حالتى الوكالة والمقاولة . ولكن يلاحظ أن كلا من هذين المقدين ملزم للجانبين ، وأن التزامات كل من الموكل والوكيل مصدرها عقد الوكالة ، كما أن التزامات كل من المقاول ورب العمل مصدرها عقد المقاولة ، فالعلاقة التبادلية بارزة فى هاتين الحالتين ، ومن ثم يكون الارتباط القانوني أو التبادلي أكثر وضوحاً فهما من الارتباط المادى أو الموضوعي .

(٢) هذه العبارة الفرنسية أدق فى أداء المعنى من العبارة التى وردت فى النص العربى للمادة ٢٤٦ فقرة أولى من التقنين المدنى الجديد وقد جاءت على الوجه الآتى : « ... ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به » . فالعبارة العربية توهم أن أحد الالتزامين هو سبب التزام الآخر ، والصحيح أن أحد الالتزامين قد نشأ بمناسبة الالتزام الآخر . وقد كانت العبارة الفرنسية المتقدمة الذكر هى المستعملة فى المشروع التمهيدى نصه للفرنسى ، وبقي النص العربى للمشروع التمهيدى بعبارته غير الدقيقة ، التى انتقلت منه إلى النص النهائى للتقنين الجديد . ثم ترجم هذا النص النهائى غير الدقيق إلى اللغة الفرنسية ، فاستبدلت بعبارة "à l'occasion" ، عبارة "ayant un rapport de causalité" ، وبذلك انتقل التحريف من النص العربى إلى النص الفرنسى ، وبعد أن كان النص العربى وحده هو المعيب ، شمل العيب كلا من النص العربى والنص الفرنسى (انظر فى هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٨ ص ١٩٠ هامش رقم ٣) .

ومن ثم جاز له أن يحبس هذا الشيء حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض (١) .

أما إذا لم يقيم ما بين الدينين ارتباط قانوني أو ارتباط مادي ، فقد اختل الشرط الثاني للحق في الحبس ، ولم يجز للدائن استعمال هذا الحق . ومجرد وجود التزامين متقابلين بين شخصين ، كل منهما دائن للآخر ومدين له ، لا يكفي لوجود ارتباط ما بين هذين الالتزامين كما قدمنا ، وإن كان هنا ميل عند بعض الفقهاء للقول بأن هذا كاف (٢) ، وأن التقابل ما بين الدينين لا الرابطة بينهما هو الذي نقف عنده لإعطاء الدائن الحق في الحبس ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(١) وللتمييز بين الارتباط القانوني والارتباط المادي أهمية من وجهين : (١) في الارتباط المادي — في صورة استرداد المصروفات — يحتاج بالحق في الحبس حتى على الغير الذي ثبت حقه قبل إنفاق المصروفات ، لأن المصروفات قد أفادت الشيء في ذاته فأفادت تبعاً لذلك كل من يطالب باسترداده . أما في الارتباط القانوني وفي الصور الأخرى للارتباط المادي فلا يحتاج بالحق في الحبس على الغير الذي ثبت حقه قبل ثبوت هذا الحق . (٢) في الارتباط المادي يقتصر الحبس على الشيء ذاته الذي أنفقت عليه المصروفات أو نشأ منه الضرر . أما في الارتباط القانوني فيشمل الحبس جميع الالتزامات التي على الدائن مادامت مرتبطة بالتزامات المدين ، وقد أوردت المادة ٩٠٢ من المشروع التمهيدى — وهذا النص قد حذف في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة في الحبس — تطبيقاً لهذا الحكم في عقد المقاولة ، إذ نصت على أنه « إذا كان العمل متعلقاً بمنقول ولم يحدد أجل لدفع الأجر ، جاز للمقاول أن يحبس هذا المنقول وغيره من الأشياء التي يكون رب العمل قد سلمها إليه لإجراء العمل ، وذلك إلى أن يستوفى أجره » . وإذا اجتمع النوعان من الارتباط كما في الوديعة ، جاز للدائن أن يستند إلى كل منهما فيما يتفق مع مصلحته ، فيجوز لحافظ الوديعة أن يستند إلى الارتباط المادي ليحتج بحقه على الغير الذي ثبت حقه على الوديعة قبل إنفاق المصروفات ، وأن يستند إلى الارتباط القانوني ليحبس كل ما في يده للمودع ولو لم يرتبط ارتباطاً مادياً بحقه .

انظر في ذلك : كاسان في تعليقه في سيريه ١٩٢٢ — ٢ — ٢٥ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤١ .

(٢) ويقول بذلك الأساتذة كولان وكابيتان ودي لاموراندير . ويستندون إلى نص المادة ١٢٩٣ من التقنين المدني الفرنسي ، وهي تقضى بأنه لا يحتاج بالمقاصة في استرداد المالك لملكه إذا كان هذا الملك قد اغتصب منه دون حق ، ولا في استرداد الوديعة أو العارية . ويقولون أن هذا النص إنما يستقيم إذا فهمت المقاصة على أنها الحق في الحبس ، فلا يصح الحبس من المقتصب لملك الغير ولا بمن أؤتمن على وديعة أو عارية ، بل يجب على كل من المقتصب وحافظ الوديعة والمستعير أن يرد للمالك ملكه فوراً ثم يطالبه بعد ذلك بما له من الحقوق عنده . =

على أنه إذا لم يقيم بين الدينين ارتباط قانوني أو ارتباط مادي على النحو الذي بسطناه ، فقد يخلق الاتفاق بين الطرفين هذا الارتباط ، فيتفقان على أن الالتزامات المتقابلة فيما بينهما يجمعها كلها حساب جار غير قابل للتجزئة ، فترتبط التزامات كل منهما بالتزامات الآخر ، ويجوز عندئذ لأي منهما أن يحبس مافي ذمته من التزامات للآخر حتى يستوفي ماله من حقوق عنده . ولكن لما كان مثل هذا الاتفاق أثره مقصور على الطرفين ، فانه لا يسرى في حق الغير . وكما يخلق الاتفاق الارتباط ما بين الدينين ، فقد يخلق هذا الارتباط أيضاً نص في القانون . وقد قضت المادة ٣٦٩ من التقنين التجارى الألماني والمادة ٨٩٥ فقرة ثانية من التقنين المدنى السويسرى بقيام ارتباط ما بين الالتزامات التجارية المتقابلة فيما بين التاجرين .

٦٤٤ - كيف يستعمل الدائن الحق في الحبس عند توافر شرطه :

واستعمال الدائن الحق في الحبس ، عند توافر الشرطين اللذين تقدم ذكرهما ، لا يقتضى إعداراً ولا الحصول على ترخيص من القضاء . بل أن الدائن يقف تنفيذ التزامه نحو مدينه فعلاً ؛ وليس من الضروري أن يعرض على المدين تنفيذ هذا الالتزام عرضاً حقيقياً ، وإنما يقتصر على وقف التنفيذ . فاذا قاضاه مدينه ، وضع الأمر كله تحت نظر القضاء ، ويغلب أن يحكم على الدائن بتنفيذ التزامه نحو المدين بشرط أن ينفذ المدين التزامه نحوه . وإذا تعذرت معرفة من هو البادىء في عدم التنفيذ جاز للقاضى أن يحكم على كل منهما بإبداع ما التزم به خزانة المحكمة أو عند أمين^(١) .

على أنه لا يجوز للدائن أن يتعسف في استعمال حقه في الحبس . فلا يصح أن يستعمله بدعوى أن حقه في ذمة مدينه لم ينفذ تنفيذاً كاملاً أو نفذ تنفيذاً معيماً ،

= ويستخلصون من ذلك أنه فيما عدا هذه الحالات — الغصب والوديعة والعارية — يجوز الحبس دون أن يكون هناك ارتباط فيما بين الدينين ، ويكفى أن يكون هناك دينان متقابلان ، الطرفان فيما كل منهما دائن للآخر ومدين له ، حتى يقوم الحق في الحبس (كولان وكايبتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٤٨٢ ص ٩٣٦ هامش رقم ٢ — قارن أنسيكلوبيدى دالوز ؛ لفظ Rétenion فقرة ٣٦) .

(١) بلانيول وريير وأسبان ٦ فقرة ٤٥٥ — فقرة ٤٥٦ .

ثم يتبين أن الجزء الذي لم ينفذ تافه إلى حد لا يعتد به أو أن العيب في التنفيذ أمر غير ذي خطر^(١). ولا يصح كذلك للدائن أن يستعمل الحق في الحبس ، إذا كان هو المتسبب بغشه أو باهماله في عدم تنفيذ المدين لالتزامه نحوه . كما لا يصح للدائن أن يستعمل الحق في الحبس إذا كان هو البادىء في عدم تنفيذ التزامه ، فحبس المدين من أجل ذلك ما في ذمته من التزام . كذلك لا يصح للدائن أن يحبس لمدينه ديناً خالياً من النزاع مستحق الأداء حتى يستوفي منه ديناً لا يزال محل نزاع بينهما ، فلا يجوز للمستأجر أن يحبس الأجرة حتى يقوم المؤجر بترميمات ينزع في أنها واجبة عليه ، ولا يجوز لشركة النور أن تقطع التيار عن المشترك حتى يقوم بدفع زيادة في الاشتراك هي محل تقاض بينهما ولم ينته القضاء من الفصل فيها^(٢).

المبحث الثاني

تطبيقات على الحق في الحبس

٦٤٥ - تطبيقات منصوص عليها في القانون وتطبيقات غير منصوص

عليها - ندره التطبيقات الأولى : بعد أن وضع التقنين المدني الجديد قاعدة عامة للحق في الحبس على النحو الذي بسطناه ، اجتزأ بهذه القاعدة عن التبسط في إيراد تطبيقات لهذا الدفع ، خلافاً للتقنين المدني السابق الذي اعتبر كما رأينا الحبس حقاً عينياً فأورد جميع حالاته على سبيل الحصر .

ومع ذلك فقد أورد التقنين المدني الجديد بعض تطبيقات في نصوص متفرقة ، نستعرضها هنا ، ثم ننتقل بعد ذلك إلى تطبيقات غير منصوص عليها بعد أن أصبح الحق في الحبس قاعدة عامة لانتهاج تطبيقاته إلى نصوص خاصة .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى الخاصة بالمادة ١٦١ مدني في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٣ . وانظر آنفاً فقرة ٦٤٢ .

(٢) بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٤ ص ٦٠٩ وهاش رقم ٤ - نقض فرنسي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤ جازيت دي باليه ١٩٢٥ - ١ - ١٥٨ . وانظر آنفاً فقرة ٦٤٢ في الهامش .

وفي كل طائفة من هذه التطبيقات - المنصوص عليها وغير المنصوص -
نميز بين تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني أو التبادلي ، وأخرى تقوم على
الارتباط المادي أو الموضوعي^(١) .

المطلب الأول

تطبيقات منصوص عليها في القانون

١٥ - تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني أو التبادلي

٦٤٦ - مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد : أهم النصوص التي تورد
تطبيقاً للحق في الحبس هو النص الذي يقرر مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد
(exceptio non adimpleti contractus) ، فليس هذا المبدأ إلا تطبيقاً من
تطبيقات الحق في الحبس كما سبق القول . وقد نصت المادة ١٦١ من التقنين
المدني على أنه «في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة
الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد
الآخر بتنفيذ ما التزم به» .

وقد سبق أن تبسطنا في شرح هذا المبدأ في الجزء الأول من هذا الوسيط ،
فنكتفي بالإحالة الى ذلك^(٢) ، وننتقل الآن الى النصوص التي وردت في التقنين
المدني كتطبيقات خاصة لهذا المبدأ .

٦٤٧ - من البائع في حبس المبيع : نصت المادة ٤٥٩ من التقنين
المدني على أنه « ١ - إذا كان الثمن كله أو بعضه يستحق الدفع في الحال ، للبائع

(١) انظر الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ٢٤١ -
فقرة ٣٢٣ (في التطبيقات التي تقوم على الارتباط القانوني أو التبادل) وفقرة ٣٢٤ -
فقرة ٣٣٩ (في التطبيقات التي تقوم على الارتباط المادي أو الموضوعي) .

(٢) الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٩٢ - فقرة ٥٠٣ - وانظر : استئناف مختلط ١٧ أبريل
سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٥٨ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٤٣ - ١٨ يناير سنة ١٩١٧
م ٢٩ ص ١٧٠ - ٣ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٠٤ - ٥ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٥٨ .

أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة ، هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع . ٢ — وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشتري للدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ . ونصت المادة ٤٦٠ على أنه « إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشتري ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » . وفي هذه النصوص تطبيق هام للحق في الحبس متمثلاً في الدفع بعدم تنفيذ العقد . فهناك دينان متقابلان تقابلاً تبادلياً ، دين البائع في تسليم المبيع للمشتري ودين المشتري في دفع الثمن للبائع . ودين المشتري دين حال — أو كان مؤجلاً ثم سقط الأجل فأصبح حالاً — فيكون للبائع حبس المبيع حتى يستوفى الثمن . وهذا بخلاف ما إذا كان الثمن حالاً ثم منح البائع المشتري أجلاً بعد البيع ، فيفرض القانون أن البائع بمنحه المشتري هذا الأجل قد نزل عن حقه في الحبس ، فيسقط حقه في حبس المبيع ، إلا إذا اشترط غير ذلك ، وعليه هو يقع عبء إثبات ما اشترط (١) .

وفي هذا التطبيق الخاص خرج المشرع على الأصل الذي سنراه يقرره في الحق في الحبس بوجه عام ، فلم يجز للمشتري أن يسقط حق البائع في حبس المبيع إذا هو قدم رهناً أو كفالة ، وذلك لاعتبارات خاصة بالبيع ، فإن المبيع نفسه مثقل بامتياز للبائع ، فليس البائع في حاجة إلى مزيد من الضمان ، وإنما هو في حاجة إلى استيفاء حقه .

ونرى أيضاً في هذا التطبيق الخاص أن المشرع قد أورد حكماً من أحكام الحق في الحبس هو الحكم المتعلق بهلاك الشيء المحبوس في يد الحابس ، فإن كان الهلاك بفعله كان مسئولاً عن التعويض ، وإن كان بسبب أجنبي فهو على المالك ، والمالك هو المشتري (٢) .

٦٤٨ — هو المشتري في حبس الثمن : نصت المادة ٤٥٧ من التقنين المدني على أنه « ١ — يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ،

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٤٢ في الهامش .

(٢) ذلك أن الملكية قد انتقلت إلى المشتري بالبيع . فإن كان المبيع عقاراً ولم يسجل عقد البيع ، فالمشتري وإن لم تنتقل إليه الملكية يعتبر في حكم المالك ، ويكون الهلاك عليه .

(م ٧٣ الوسيط — ج ٢)

ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . ٢ — فاذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري ، جاز له ، ما لم يمنعه شرط في العقد ، أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً . ٣ — ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيباً في البيع . وهذا تطبيق آخر للحق في الحبس متمثلاً في الدفع بعدم تنفيذ العقد . ونرى فيه المشتري ، وهو مدين بالثمن والدين حال ، يتعرض له أجنبي مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو يخشى هو على المبيع أن ينزع من يده لأسباب جدية ، أو يكشف عن عيب في المبيع . في كل هذه الأحوال يكون البائع ملزماً بالضمان ، فيجب عليه أن يمنع التعرض أو يزيل الخطر أو يعرض عن العيب . فهذا دين في ذمة البائع قد أصبح مستحق الأداء ، يقابله ويرتبط به ارتباطاً تبادلياً الدين الذي في ذمة المشتري بدفع الثمن . فيجوز إذن للمشتري أن يحبس الثمن حتى يستوفى حقه من البائع ، أى حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر أو يتقاضى المشتري تعويضاً عن العيب .

ويلاحظ هنا أن الشيء المحبوس ليس عيناً معينة بالذات مملوكة للطرف الآخر ، بل هو دين في ذمة الحابس نفسه يمتنع عن أدائه (١) .

ويلاحظ أيضاً أن المشرع هنا رجع إلى تطبيق القواعد العامة في الحبس ، عند ما أجاز للبائع أن يسقط حق المشتري في حبس الثمن إذا هو قدم كفيلاً .

٦٤٩ — من المستأجر في حبس العين المؤجرة في مواجهة كل من

المؤجر والمشتري للعين : نصت المادة ٦٠٥ من التقنين المدني على أنه (١) — لا يجوز لمن انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة ولم يكن الإيجار نافذاً في حقه أن يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد التنبيه عليه بذلك في المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣ . ٢ — فاذا نبه على المستأجر بالإخلاء قبل انقضاء الإيجار ، فإن المؤجر يلتزم بأن يدفع للمستأجر تعويضاً ما لم يتفق على غير ذلك ، ولا يجبر المستأجر

(١) استئناف مخطط ٢٢ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٤٧ — ٦ يونيو سنة ١٩٢٩

م ٤١ ص ٤٤٣ — ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٧ .

على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض . وهذا تطبيق ثالث للحق في الحبس متمثلاً أيضاً في الدفع بعدم تنفيذ العقد . ذلك أن المؤجر قد التزم بعقد الإيجار أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة طول مدة الإيجار ، وقد أخل بالتزامه بأن باع العين إلى مشتر لا ينفذ الإيجار في حقه ، فوجب عليه التعويض للمستأجر بموجب عقد الإيجار نفسه . فهنا إذن دينان متقابلان مرتبطان فيما بينهما لأنها نشأت معاً من عقد الإيجار على وجه التبادل : دين المؤجر أن يدفع تعويضاً للمستأجر لإخلاله بالتزامه ، ودين المستأجر أن يرد العين المؤجرة إلى المؤجر أو خلفه المشتري . فيجوز إذن للمستأجر أن يحبس العين حتى يستوفى التعويض . وهذا الحق في الحبس ليس نافذاً فحسب في حق المؤجر ، بل هو نافذ أيضاً في حق الخلف الخاص للمؤجر وهو المشتري للعين المؤجرة (١) . فيجوز إذن للمستأجر أن يبق حابساً للعين المؤجرة حتى في مواجهة المشتري ، إلى أن يستوفى التعويض إما من المؤجر ، وإما من المشتري نفسه نيابة عن المؤجر إذا أراد المشتري أن يتعجل تسليم العين التي اشتراها (٢) .

وهنا أيضاً يطبق المشرع القواعد العامة في الحبس ، عند ما يسقط حق المستأجر في حبس العين إذا هو حصل ، من المؤجر أو من المشتري ، على تأمين كاف للوفاء بالتعويض المستحق له .

(١) ولكننا سنرى أن الحق في الحبس لا يحتاج به على الخلف الخاص إذا كان حق هذا الخلف قد ثبت على العين قبل ثبوت الحق في الحبس . ولما كان المشتري للعين المؤجرة خلفاً خاصاً للمؤجر ثبت حقه على العين قبل ثبوت الحق في الحبس — لأن حق المستأجر في التعويض فالحبس لم يثبت إلا بعد فسخ الإيجار بالبيع ، فحق المشتري على العين الثابت بعقد البيع سابق على حق المستأجر في الحبس — فقد كان الواجب ، طبقاً للقواعد العامة ، ألا يحتاج المستأجر بحقه في الحبس على المشتري ، وإنما يحتاج به على المؤجر وحده . ولكن نصاً خاصاً في القانون — المادة ٥٦٣ مالفة للذكر — هو الذي جعل الحق في الحبس هنا نافذاً استثناء في حق المشتري . ويذهب چوسران (جزء ٢ فقرة ١٤٦٩) إلى أن الحق في الحبس يجوز الاحتجاج به على الخلف الخاص ولو كان حقه متقدماً على الحق في الحبس ، ومن ثم يجعل نفاذ حق المستأجر في حبس العين المؤجرة على المشتري مجرد تطبيق لهذه القاعدة ، لا استثناء منها تقرر بنص خاص .

(٢) ويرجع المشتري على المؤجر بما دفعه من تعويض للمستأجر ، إذا كان لهذا الرجوع مقتضى في العلاقة ما بين المشتري والمؤجر .

٦٥٠ - من المستأجر في حبس العين لاستيفاء ما يستحق من

التعويض بسبب انتهاء الإيجار قبل انقضاء مدته : نصت المادة ٦٠٨ من التقنين المدني على أنه « ١ - إذا كان الإيجار معين المدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدد ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقاً ، على أن يراعى من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة ٥٦٣ ، وعلى أن يعرض الطرف الآخر تعويضاً عادلاً . ٢ - فإذا كان المؤجر هو الذي يطلب إنهاء العقد ، فلا يجبر المستأجر على رد العين المؤجرة حتى يستوفي التعويض أو يحصل على تأمين كافٍ . وهذا هو أيضاً تطبيق تشريعي للحق في الحبس . والدينان المتقابلان القائمان على علاقة تبادلية هما : دين المؤجر في إعطاء تعويض للمستأجر لإنهاء عقد الإيجار قبل انقضاء مدته ، ودين المستأجر في رد العين إلى المؤجر . فللمستأجر إذن أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفي حقه في التعويض ، أو حتى يحصل على تأمين كافٍ للوفاء بهذا الحق . وليس هذا إلا مجرد تطبيق لأحكام الحبس .

٢ - تطبيقات تقوم على الارتباط المادي أو الموضوعي

٦٥١ - من الحائز في حبس العين لاسترداد ما أنفق عليها من

المصروفات : نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ من التقنين المدني ، كما رأينا ، على ما يأتي : « ويكون ذلك (أي الامتناع عن الوفاء) بوجه خاص لحائز الشيء أو محزره ، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع » . وهذا هو التطبيق الرئيسي للحق في الحبس القائم على الارتباط المادي أو الموضوعي .

ويجب الرجوع ، في تحديد الدينين المتقابلين في هذا التطبيق ، إلى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٩٨٠ ، فقد نصتا على ما يأتي : « ١ - على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية . ٢ - أما المصروفات النافعة فيسرى في شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ » .

وهاتان المادتان المشار إليهما في آخر الفقرة الثانية تميزان بين ما إذا كان الحائز الذى أنفق مصروفات نافعة على العين التى حازها كان حسن النية ، أى كان يعتقد عند ما أنفق هذه المصروفات أن العين مملوكة له ، أو سىء النية . فإذا كان حسن النية ، كان له أن ينزع ما أحدثه فى العين أو يبقيه ، ويخبر المالك فى حالة الإبقاء بين أن يرد للحائز المصروفات التى أنفقها أو أن يدفع مبلغاً يساوى ما زاد فى ثمن العين بسبب هذه المصروفات (م ٩٢٥ فقرة أولى مدنى) . أما إذا كان سىء النية ، فللمالك أن يطلب إزالة ما أحدثه الحائز فى العين على نفقة الحائز مع التعويض إن كان له وجه ، أو أن يستبقيه ويخبر فى هذه الحالة بين دفع قيمته مستحق الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن العين بسبب هذه المصروفات (م ٩٢٤ فقرة أولى مدنى) . ونرى من ذلك أن الحائز^(١)، إذا أنفق مصروفات ضرورية على العين ، كان له أن يستردها جميعاً من المالك ، سواء كان هو حسن النية أو سىئها . وإذا أنفق مصروفات نافعة ، فإن كان حسن النية ، كان على المالك أن يرد له أقل القيمتين : مقدار هذه المصروفات أو الزيادة فى ثمن العين بسببها . وإن كان سىء النية ، كان على المالك أن يرد له أقل القيمتين ، الزيادة فى ثمن العين بسبب المصروفات أو قيمة ما استحدث فى العين مستحق الإزالة . ففى جميع الأحوال يكون هناك دينان متقابلان : (١) دين على المالك للحائز هو رد قيمة من القيم سالفة الذكر فى نظير ما أنفق الحائز من مصروفات على العين^(٢) . ومصدر هذا الدين هو الإثراء بلا سبب . (٢) دين على الحائز للمالك هو رد العين إليه ، ومصدر هذا الدين قد يكون الإثراء بلا سبب لأن الحائز يثرى على حساب المالك لو استبقى العين ، وقد يكون العقد كما فى حيازة الدائن المرتهن للعين التى ارتهنها رهن حيازة فانه يجب عليه ردها للمالك بموجب عقد الرهن ،

(١) والحائز يجب أن يفهم بمعنى واسع : فهو الحائز الذى يضع يده على العين كمالك (possesseur) ، والمحرز الذى يحوز العين حيازة مادية (délenteur) دون أن يضع يده كمالك وذلك كالمستأجر والمستعير وحافظ الوديعة والدائن المرتهن رهن حيازة . وقد صرحنا الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ بذلك حين قالت : « ... لحائز الشيء أو محزره ... » .

(٢) هذا ما لم يكن الحائز حسن النية قد اختار نزع ما استحدثه (م ٩٢٥ فقرة أولى) ، أو اختار المالك تمليك العين للحائز حسن النية نظير تعويض عادل (م ٩٢٥ فقرة ٢) ، وما لم يكن المالك قد طلب من الحائز سىء النية إزالة ما استحدثه (م ٩٢٤ فقرة أولى) ، أو طلب الحائز سىء النية نزع ما استحدثه ولم يختر المالك استبقائه (م ٩٢٤ فقرة ٢) .

وقد يكون العمل غير المشروع كما لو اغتصب الحائز العين من مالها أو سرقها أو استولى عليها وهي ضائعة ، وقد يكون القانون كما في حيازة الوصي لأعيان القاصر فانه يجب عليه ردها عند انتهاء الوصاية بحكم القانون . ففي هذه الأحوال — عدا حالة ما إذا كان التزام الحائز بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع كما سبق القول — تتوافر شروط نشوء الحق في الحبس ، إذ يوجد دينان متقابلان ، وهما مرتبطان أحدهما بالآخر ، فالدين برد المصروفات قد نشأ بمناسبة العين الواجبة الرد . فيجوز إذن للحائز أن يحبس العين حتى يسترد المصروفات على النحو الذي تقدم ذكره (١) .

وقد قام خلاف ، في عهد التقنين المدني السابق ، فيما إذا كان الحائز سيء النية له الحق في حبس العين (٢) . فحسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف ،

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥١ .
(٢) وكان رأى الرأى الراجح هو أن للحائز سيء النية الحق في حبس العين (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٠٩ ص ٤١٥ — قنا الكلية ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٥١ ص ٥٣٥ — الإسكندرية الكلية الوطنية ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٢٣ ص ٦٤٩) . انظر عكس ذلك وأن الحائز سيء النية ليس له الحق في الحبس : استئناف أسبوط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٤ ص ٣٩٩ .

أما في فرنسا فالفقه منقسم : فن الفقهاء من لا يجعل الحق في الحبس إلا للحائز حسن النية ، فينكر هذا الحق على الحائز سيء النية ، مترسماً في ذلك أثر القانون الرومانى وتقاليده القانون الفرنسى القديم (تولييه ٣ فقرة ١٣٠ — ديرانتون ٤ فقرة ٣٨٢ — ترولونج ١ فقرة ٢٦٠ — جيلوار في حق الحبس فقرة ٧١) . ومن الفقهاء من يجعل الحق في الحبس للحائز حسن النية وللحائز سيء النية على السواء (ديمولومب ١ فقرة ٦٨٢ — بيدان ١ فقرة ٢٥٠ — بلانيول ٢ فقرة ٢٥٢٤) . وعند الفقهاء الذين لا يكتفون بقيام الارتباط ما بين الدينين لإثبات الحق في الحبس ، بل يشترطون فوق ذلك أصلاً مشتركاً للدينين ، لا يجوز استعمال الحق في الحبس لا للحائز سيء النية ولا للحائز حسن النية (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة — لوران ٦ فقرة ١٨١ وما بعدها و ٢٩ فقرة ٢٩٨ — بودرى وشوفو فقرة ٣٦٧) . أما القضاء الفرنسى فينكر الحق في الحبس على الحائز سيء النية ، ولا يجعل هذا الحق إلا للحائز حسن النية (نقض فرنسى ٢٥ مايو سنة ١٨٥٢ داللو ٥٢ — ١ — ٢٧٩ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٧٣ داللو ٧٤ — ١ — ٢٤١ — ١٣ يولييه سنة ١٩٠٣ سبريه ١٩٠٤ — ١ — ٢٢) . وينتقد جوسران هذا القضاء ، فيقول : إما ألا يعطى الحائز سيء النية تعويضاً أصلاً ، وإما أن يعطى تعويضاً فيكون له الحق في الحبس لضمان هذا التعويض ، وليس حتماً أن يكون الحائز سيء النية شخصاً فاسد الذمة ، فالمستأجر العين والشريك في الشروع كلاهما حائز سيء النية ، وسواء كان الحائز حسن النية أو سيئها فالارتباط هو قائم ما بين الدينين (جوسران ٢ فقرة ١٤٧٥) .

إذ أعطى الحق في الحبس للحائز مطلقاً ، حسن النية كان أو سيء النية ، وإن يكن التعويض المستحق للحائز سيء النية أقل من التعويض المستحق للحائز حسن النية على الوجه الذى تقدم بيانه .

هذا وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٨٠ من التقنين المدنى على ما يأتى : « فإذا كانت المصروفات كمالية ، فليس للحائز أن يطالب بشيء منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة » . ونرى من ذلك النص أن الحائز ، سواء كان حسن النية أو سيئها ، إذا أنفق مصروفات كمالية ، فليس له أن يتقاضى عنها تعويضاً . وليس له إلا أن ينزع ما استحدثه من منشآت على نفقته ، على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، وإن تعذر ذلك فعليه أن يدفع تعويضاً عما أحدثه من الضرر . وللمالك أن يلزمه بنزع ما استحدثه على نفقته ، مع إعادة الشيء إلى حالته الأولى والتعويض إن كان له مقتضى . وللمالك أيضاً أن يستبقى ما استحدثه الحائز ، وعند ذلك يلتزم بدفع قيمته مستحق الإزالة . ونرى - وإن كانت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ لم يتناول نصها هذه الحالة - أن المالك إذا استبقى ما استحدثه الحائز في مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة ، كان الارتباط المادى قائماً ما بين الدينين المتقابلين ، وجاز للحائز أن يحبس العين حتى يستوفى من المالك حقه . وليس هذا إلا تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة في الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ ، وإذا كانت الفقرة الثانية من هذه المادة لم تتناول هذه الحالة ، فذلك لأنه يغلب في المصروفات الكمالية أن تنزع أو أن تترك دون تعويض ، فلم يعرض لها النص كما عرض للمصروفات الضرورية والمصروفات النافعة (١) .

(١) وقد نصت المادة ٩٨١ من التقنين المدنى على أنه « إذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق ، وأثبت أنه أدى إلى سلفه ما أنفق من مصروفات ، فإن له أن يطالب بها المسترد » . ويفترض هذا النص أن الحائز الحالى ليس هو نفسه الذى أنفق المصروفات ، بل الذى أنفقها هو المالك الظاهر أو الحائز السابق الذى انتقلت منه إليه الحيازة ، فله أن يستردها - على النحو المبين فيما سلف - من المالك الحقيقى عندما يسترد هذا ملكه . وعندئذ يجوز للحائز الحالى أن يحبس العين حتى يستوفى حقه من المالك ، تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة في الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ .

ونصت المادة ٩٨٢ من التقنين المدني على أنه « يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين ، وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة ... ». فإذا قضت المحكمة بأن يكون الوفاء على أقساط دورية ، فقد أصبح الدين غير حال ، ويترتب على عدم حلول الدين أن ينفقد الدائن حقه في حبس العين ، لأنه لا يجوز له الحبس إلا في دين حال كما قدمنا . ويفارق التقسيط الممنوح من القاضي الأجل الذي يمنحه القاضي في الحالات العادية (délai de grâce) - وهذا الأجل الأخير لا يمنع من الحبس كما رأينا - في أن الغرض المقصود بالتقسيط هو ألا يرهق المالك بدفع مبلغ جسيم من المال دفعة واحدة ، فقسط عليه التعويض تيسيراً له ، وليس من التيسير أن يحرم من ملكه ويبقى الحائز حابساً له حتى يستوفي القسط الأخير . على أن النص يقضى بأن هذا التقسيط الذي يمنحه القاضي مشروط بتقديم الضمانات اللازمة ، وقد رأينا أن القواعد العامة للحبس تسقط الحق فيه إذا قدمت هذه الضمانات . فللمالك إذن أن يسترد ملكه من الحائز ، إما لأن الدين الذي في ذمته غير حال ، وإما لأنه يكون قد قدم ضمانات كافية للوفاء بهذا الدين .

٦٥٢ - من صاحب العلو في حبس السفلى بعد أنه يعيد بناءه :

وهذه حالة تقوم على فكرة أن المصروفات التي أنفقت كانت ضرورية ، لا في حفظ الشيء ، بل فيما هو أبعد مدى من ذلك : في إنشاء الشيء مرة أخرى . فإذا كان هناك بناء ، له صاحب العلو وصاحب السفلى ، وانهدم ، وجب أن يبدأ صاحب السفلى في إعادة بناء سفله ، حتى يتمكن صاحب العلو من إعادة بناء علوه . فإذا امتنع صاحب السفلى من إعادة بناء سفله ، وطلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفلى ، جاز له أن يفعل ذلك على نفقة صاحب السفلى ، وله أن يحبس السفلى حتى يستوفي حقه من صاحبه . وقد نصت المادة ٨٦٠ من التقنين المدني على هذا الحكم في العبارات الآتية : « ١ - إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفلى أن يعيد بناء سفله . فإذا امتنع ، جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفلى ، إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفلى على نفقة صاحبه . ٢ - وفي الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفلى من السكنى

والانتفاع حتى يؤدي ما في ذمته ، ويجوز له أيضاً أن يحصل على إذن في إيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه .

ويلاحظ أن الحق في الحبس هنا قد يقترن ، باذن من القاضي ، بأن ينتفع الحابس بالعين المحبوسة أو بأن يستغلها حتى يستوفي حقه من ثمرتها ، وهذا استثناء من القواعد العامة للحق في الحبس ، كما سنرى ، تبرره ظروف الحالة التي نحن بصدددها .

المطلب الثاني

تطبيقات غير منصوص عليها في القانون

٦٥٣ - تطبيقات تذكر لا على سبيل المحصر: ولما كانت القاعدة العامة في الحبس الواردة في الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ قد أغنت المشرع في التقنين المدني الجديد عن الإكثار من إيراد التطبيقات ، فقد اقتصر هذا التقنين على التطبيقات التشريعية التي أسلفنا ذكرها ، وترك الباقي للقاعدة العامة . فنستعرض بعض تطبيقات لم يرد فيها نص فيكتفي فيها بأعمال القاعدة العامة ، وغنى عن البيان أن هذه التطبيقات لا نذكرها هنا على سبيل المحصر ، إذ توجد تطبيقات أخرى كثيرة غيرها لا يمكن حصرها ، ويكتفي فيها تطبيق القاعدة العامة في الحبس .

ونترك جانباً حق الحبس في رهن الحيازة ، فهذا قد نظمته القانون (١) . وهو يختلف عن الحبس الذي نحن بصددده في أنه يقترن بحق عيني هو حق الرهن ، ومكان دراسته في الرهن الحيازي . كذلك نترك جانباً حقوق الامتياز التي تقوم على فكرة الرهن ، فترتب حقاً في الحبس مصحوباً بحق امتياز ، وذلك كحق امتياز المؤجر (٢) وحق امتياز صاحب الفندق (٣) ، فهذه مكان دراستها في حقوق الامتياز .

(١) انظر بنوع خاص المادة ١١١٠ من التقنين المدني .

(٢) انظر المادتين ٥٨٩ و ١١٤٣ من التقنين المدني .

(٣) انظر المادة ١١٤٤ من التقنين المدني .

ونميز هنا أيضاً ، كما فعلنا فيما تقدم ، بين تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني أو التبادلي وتطبيقات تقوم على الارتباط المادي أو الموضوعي .

§ ١ - تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني أو التبادلي

٦٥٤ - من المؤجر في حبس العين المؤجرة وهو المستأجر في حبس

الأجرة : في عقد الإيجار ، وهو عقد ملزم للجانبين ، إذا لم يستوف المؤجر الأجرة الحالة كان له أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفها^(١) . وهذا تطبيق لمبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد ، أى للحق في الحبس ، لم يرد فيه نص وليس في حاجة إليه . والذي يقف النظر عنده في هذا التطبيق أن العين المحبوسة هي ملك للدائن الحابس ، فالمؤجر يحبس العين التي آجرها وهي في الكثرة الغالبة من الأحوال ملكه . وقد كان هذا التطبيق ، باعتباره تطبيقاً للحق في الحبس ، يبدو غير مستقيم في عهد التقنين المدني السابق الذي كان يعد حق الحبس حقاً عينياً ، إذ المالك لا يكون له حق عيني على ملك نفسه غير حق الملكية^(٢) . أما في التقنين المدني الجديد ، حيث الحق في الحبس لا يعتبر حقاً عينياً بل هو مجرد دفع بعدم التنفيذ ، فالتطبيق مستساغ معقول .

كذلك للمستأجر ، لنفس الأسباب المتقدمة ، أن يحبس الأجرة حتى يتسلم العين المؤجرة ، إذا لم يكن مشروطاً تعجيل الأجرة قبل تسليم العين .

٦٥٥ - من المستأجر في حبس العين المؤجرة للتحسينات التي استحدثها :

نصت المادة ٥٩٢ من التقنين المدني على أنه ١ - إذا أوجد المستأجر في العين المؤجرة بناء أو غراساً أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد في قيمة العقار ، التزم المؤجر أن يرد للمستأجر عند انقضاء الإيجار ما أنفق في هذه التحسينات

(١) استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ٦٦ (في عهد التقنين المدني السابق كتطبيق لمبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد) .

(٢) إلا في حالات خاصة ، كالحائز للعين المرهونة (tiers détenteur) عندما يحل محل الدائن المرتهن في العين المرهونة ، فيكون له حق رهن على ملك نفسه .

أو ما زاد في قيمة العقار ، ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . ٢ — فاذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضته ، كان له أيضاً أن يطلب من المستأجر إزالتها ، وله أن يطلب فوق ذلك تعويضاً عن الضرر الذي يصيب العقار من هذه الإزالة إن كان التعويض مقتض . ٣ — فاذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات في مقابل رد إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما ، جاز للمحكمة أن تنظره إلى أجل للوفاء بها . فهذا النص يميز بين ما إذا كان المستأجر قد استحدث التحسينات بعلم من المؤجر ومن غير معارضة منه ، دون أن يكون بينهما اتفاق ، أو استحدثها دون علم المؤجر أو رغم معارضته . ففي الحالة الأولى يخير المؤجر في أن يدفع للمستأجر إما ما أنفقه هذا في التحسينات وإما ما زاد في قيمة العقار بسببها ، وللمستأجر ، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ومن غير حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفي من المؤجر إحدى القيمتين المشار إليهما . وفي الحالة الثانية يكون المؤجر بالخيار بين طلب إزالة التحسينات مع التعويض إن كان له مقتض ، وبين استبقاء هذه التحسينات في مقابل رد إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما . فاذا استبقى التحسينات ووجب عليه رد إحدى القيمتين إلى المستأجر ، كان لهذا ، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ومن غير حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفي ما له في ذمة المؤجر . فاذا نظر المؤجر إلى أجل ، تطبيقاً للفقرة الثالثة من المادة ٥٩٢ ، لم يعد للمستأجر الحق في حبس العين لأن الدين المقابل أصبح غير حال ، قياساً على ما قدمناه في حالة ما إذا قضت المحكمة بأن يكون الوفاء بالمصروفات للحائز على أفساط دورية وفقاً للمادة ٩٨٢ (١) .

٦٥٦ — من المتقايض في حبس ما قايض به: في عقد المقايضة يلتزم كل من المتقايضين أن يسلم للآخر الشيء الذي قايض به ، وتسرى على المقايضة أحكام البيع (م ٤٨٥ مدني) . فيجوز إذن لكل من المتقايضين ، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ، أن يحبس الشيء الذي قايض به حتى يقبض الشيء الذي قايض عليه . ولما كانت أحكام البيع تسرى على المقايضة ، فإن الأحكام المتعلقة

بحبس البائع للمبيع ، وقد تقدم ذكرها ، تنطبق هنا^(١) .

٦٥٧ - من الواهب في حبس الرهن وهو الموهوب له في حبس

العرضي: نصت المادة ٤٩٧ من التقنين المدني على أن « يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض ، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبي أم للمصلحة العامة » . فهنا التزامان متقابلان مرتبطان أحدهما بالآخر ارتباطاً تبادلياً : التزام الواهب بتسليم العين الموهوبة ، والتزام الموهوب له بتسليم العوض . فيجوز إذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس الالتزام الذي في ذمته حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما في ذمته من التزام .

٦٧٥ - من الماويل في حبس العمل وهو رب العمل في حبس

الأجرة: نصت المادة ٦٥٦ من التقنين المدني على أنه « يستحق دفع الأجرة عند تسليم العمل ، إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك » . فهنا التزامان متقابلان يرتبط أحدهما بالآخر ارتباطاً تبادلياً : التزام الماويل بتسليم العمل ، والتزام رب العمل بدفع الأجرة . فيجوز إذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ودون حاجة إلى نص خاص^(٢) ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يستوفي حقه من المتعاقد الآخر^(٣) .

(١) ويمكن القول بأن حق المتقايض في حبس ما قايض به ورد فيه النص الخاص بحبس البائع للمبيع (م ٤٥٩ مدني) ، إذ أن المادة ٤٨٥ مدني تنص على أنه « تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ، ويعتبر كل من المتقايضين بائناً للشيء الذي قايض به ومشترياً للشيء الذي قايض عليه » .

(٢) وقد كان المشرع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص خاص سبقت الإشارة إليه ، وهو المادة ٩٠٢ من هذا المشروع ، وكانت تجرى ، كما رأينا ، على الوجه الآتي : « إذا كان العمل متعلقاً بمنقول ولم يحدد أجل لدفع الأجر ، جاز للماويل أن يحبس هذا المنقول وغيره من الأشياء التي يكون رب العمل قد سلمها إليه لإجراء العمل ، وذلك إلى أن يستوفي أجره » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة في حق الحبس » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٧ هامش رقم ١) ، كما سبق القول (انظر آنفاً فقرة ٦٤٣ في الهامش) .

(٣) انظر في عهد التقنين المدني السابق ، وك تطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد : مصر الكلية الوطنية ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٠ ص ٤٧٠ .

٦٥٩ — من الموكل في حبس الأمانة والتعريض ومن الوكيل في

حبس ما للموكل في ذمته : نصت المادة ٧١٠ من التقنين المدني على ما يأتي :
«على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الاتفاق، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة». ونصت المادة ٧١١ على أن «يكون الموكل مسئولاً عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً». ونصت المادة ٧٠٦ على أنه «١ - ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه . ٢ - وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها، وعليه أيضاً فوائد ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعتذر». فهذه التزامات متقابلة مرتبطة بعضها ببعض ارتباطاً تبادلياً ومصدرها جميعاً عقد واحد ملزم للجانبين هو عقد الوكالة^(١). فيجوز إذن، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ودون حاجة إلى نص خاص^(٢)، لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفي حقوقه من المتعاقد الآخر^(٣).

٦٦٠ — المستعير في حبس العارية ومن المعير في حبس ما في

ذمة للمستعير : نصت المادة ٦٣٧ من التقنين المدني على أنه : «١ - إذا اضطرت المستعير إلى الإتيان للمحافظة على شيء أثناء العارية، التزم المعير أن يرد إليه ما أنفقه من المصروفات . ٢ - أما المصروفات النافعة فتتبع في شأنها الأحكام الخاصة بالمصروفات التي ينفقها من يجوز الشيء وهو سبيء النية». ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٣٨ على ما يأتي : «ولا ضمان عليه (على المعير) كذلك في العيوب الخفية، غير أنه إذا تعمد إخفاء العيب أو إذا ضمن سلامة الشيء منه، لزمه تعويض المستعير

(١) قارن الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٢٩ ص ١٩٢ .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص خاص هو المادة ٩٨٧ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتي : «الوكيل الحق في حبس الأشياء التي يملكها الموكل وتكون في يد الوكيل بحكم الوكالة، وذلك ضماناً لتنفيذ الموكل لالتزاماته». وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة «لأن حكمها مستفاد من قواعد الحبس» (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢١٩ هامش رقم ١) .

(٣) انظر في عهد التقنين المدني السابق وكما يطبق للدفع بعدم تنفيذ العقد : استئناف مختلط

٨ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ ص ٢١ .

عن كل ضرر يسببه ذلك». ونصت الفقرة الأولى من المادة ٦٤٢ على أنه «متى انتهت العارية وجب على المستعير أن يرد الشيء الذي تسلمه بالحالة التي يكون عليها ، وذلك دون إخلال بمسؤوليته عن الهلاك أو التلف». فهذه أيضاً التزامات متقابلة يرتبط بعضها ببعض ، فعلى المستعير أن يرد العارية عند انتهاء العقد ، وعلى المعير أن يعرض المستعير عن المصروفات وعن العيوب الخفية على النحو المبين في النص . فيجوز إذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص^(١) ، أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفي حقوقه ، وبوجه خاص يجوز للمستعير أن يحبس العارية حتى يستوفي ما في ذمة المعير بسبب المصروفات أو بسبب العيوب الخفية .

٦٦١ - من مافظ الوديعة في مبرها ومن المودع في حبس ما في ذمة

لحافظ الوديعة: نصت المادة ٧٢٥ من التقنين المدني على ما يأتي : « على المودع أن يرد إلى المودع عنده ما أنفقه في حفظ الشيء ، وعليه أن يعرضه كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة». ونصت المادة ٧٢٢ على أنه « يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده . وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشيء في أي وقت ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع». فهنا أيضاً التزامات متقابلة يرتبط بعضها ببعض ، فعلى حافظ الوديعة أن يرد الوديعة ، وعلى المودع أن يعرض حافظ الوديعة عن المصروفات وعما لحق هذا من خسارة بسبب الوديعة . فيجوز إذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفي حقوقه ، ومن ثم يجوز لحافظ الوديعة أن يحبس العين المودعة حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض بحسب الأحوال .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشمل على نص خاص هو المادة ٨٥٥ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « للمستعير أن يحبس الشيء تحت يده ، حتى يستوفي ما يستحقه بمقتضى المادتين السابقتين من مصروفات وتعويضات ». وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٦٧٣ هامش رقم ١) .

٦٦٢ - الحبس في دالة إبطال العقد أو فسخه : نصت المادة ١٤٢

من التقنين المدني على أنه « ١ - في حالي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل . ٢ - ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد » . ونصت المادة ١٦٠ على أنه « إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض » . ففي جميع هذه الأحوال تكون هناك التزامات متقابلة ترتبط بعضها ببعض ، وقد نشأت عن انحلال الرابطة التعاقدية إما بالإبطال أو بالفسخ ، فوجب على كل من الطرفين أن يرد للطرف الآخر ما أخذه منه بسبب تنفيذ العقد . ومن ثم يجوز لكل من الطرفين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ^(١) ، أن يحبس ما في يده للطرف الآخر حتى يسترد ما له في يد هذا الطرف ^(٢) .

وتطبيقاً لما تقدم نصت المادة ٤٦٨ من التقنين المدني ، في بيع ملك الغير ، على أنه « إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية » . فيجوز إذن للمشتري أن يحبس المبيع عن البائع حتى يستوفي هذا التعويض ^(٣) . ونصت المادة ٥٠٣ ، في الهبة ، على أنه « ١ - يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي أن تعتبر الهبة

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص خاص هو المادة ٢٢٤ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « إذا انحل العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأي سبب آخر ، وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه ، جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه مادام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه أو يقدم ضماناً لهذا الرد ، وذلك طبقاً للقواعد المقررة في حق الحبس » . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة « لأنها تطبيق للقاعدة العامة في حق الحبس » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ هامش رقم ١) . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر آنفاً فقرة ٦٤٣ في الهامش) .

(٢) انظر في عهد التقنين المدني السابق كتوسع في حق البائع في حبس المبيع : مصر الكلية الوطنية ٤ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٢٢ ص ٦٧٥ .

(٣) على أن الحبس في هذه الحالة يكون في مواجهة البائع لملك الغير ، لا في مواجهة المالك الحقيقي . وكذلك إذا فسخ البيع فلا يكون الحبس لاسترداد الثمن إلا في مواجهة البائع ، وهذا يقتضي أن يكون الفسخ قد أعاد الملكية إلى البائع . وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن =

كأن لم تكن . ٢ - ولا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى ، وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من مصروفات ضرورية ، أما المصروفات النافعة فلا يجاوز في الرجوع بها القدر الذى زاد في قيمة الشيء الموهوب . ويتبين من ذلك أن الموهوب له ، بعد الرجوع في الهبة ، يلتزم برد الشيء الموهوب مع ثمراته ، ويلتزم الواهب برد المصروفات التى أنفقها الموهوب له ، وكل ذلك على الوجه المبين فى النص . فيجوز لكل من الطرفين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يتقاضى ما له من حقوق ، ويجوز بوجه خاص أن يحبس الموهوب له العين الموهوبة حتى يسترد ما أنفقه من المصروفات .

٦٦٣ - الحبس فى حالة الفضالة : نصت المادة ١٩٣ من التقنين المدنى على أن « يلتزم الفضولى بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة ، وتقديم حساب عما قام به » . ونصت المادة ١٩٥ على أن « يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل ، متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة . وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه ، وأن يعرضه عن التعهدات التى التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن يعرضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل ، ولا يستحق الفضولى أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته » . ويتبين من ذلك أن هناك التزامات متقابلة ما بين الفضولى ورب العمل قد ارتبط بعضها ببعض ، ونشأت كلها عن علاقة تبادلية غير تعاقدية . فالفضولى يلتزم برد

التسليم تجوزاً للمشتري بحق حبس العقار المبيع إذا فسخ عقده حتى يستوفى ما قدمه من ثمن ، قياساً على حق البائع فى الحبس ، يجب ألا يخرج عن الحالة التى يكون فسخ العقد فيها قد أعاد الملكية إلى البائع ، فبذلك لا يكون ثمة شذوذ فى الأوضاع القانونية أو تناقض مع المنطق السليم ، بمكس ما إذا كان فسخ العقد بسبب وجود بيع سابق فلا يعيد الملكية إلى البائع ، وإلا أدى القول بذلك إلى أن يبيع الشخص ملك غيره ، فينزعه المشتري من المالك الحقيقى ويحبسه حتى يستوفى ثمنه (٤ مايو سنة ١٩٣٦ . المحاماة ١٧ رقم ٣٢٢ ص ٦٧٥ وهو الحكم الذى تقدمت الإشارة إليه فى الهامش السابق) .

وسرى فيما يلى (انظر فقرة ٦٧٤ - الهامش) أن المالك للعين المحبوسة لا يحتاج عليه بالحبس إذا لم يكن هو المدين للحايس .

ما استولى عليه بسبب الفضالة وبتقديم حساب عما قام به ، ورب العمل يلتزم بتعويض الفضولي عن التعهدات التي التزم بها وعن النفقات التي سوغتها الظروف وعن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بأعمال الفضالة . ومن ثم يجوز لكل من الطرفين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفي حقوقه من الطرق الأخر (١) .

§ ٢ — تطبيقات تقوم على الارتباط المادي أو الموضوعي

٦٦٤ — الحبس في حالات الالتصاق : سبق الكلام في حق الحائز في حبس العين لاسترداد ما أنفقه عليها من المصروفات (٢) . فإذا كان هذا الحائز أقام على أرض الغير منشآت ، فقد تكفلت المواد ٩٢٤ إلى ٩٢٦ من التقنين المدني ببيان الحكم في ذلك ، مميزة بين ما إذا كان الحائز حسن النية أو سيئ النية . فإذا كان حسن النية ، خبر صاحب الأرض بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت . وإذا كان الحائز سيئ النية ، كان لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت ، أو أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض . ففي الحالات التي يستبق فيها صاحب الأرض المنشآت مقابل دفع قيمة من القيم السالفة الذكر ، يكون هناك دينان متقابلان يرتبط كل منهما بالآخر ارتباطاً مادياً ، فعلى الحائز أن يرد الأرض لصاحبها ، وعلى صاحب الأرض أن يدفع للحائز القيمة التي اختار دفعها له . فيجوز إذن لكل

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٤٣ — هذا يجوز للوكيل بالعمولة أن يحبس البضائع والأوراق التي اشتراها لحساب موكله ودفع ثمنها ، حتى يستوفي منه الثمن والعمولة (بودري وديريول ١ فقرة ٢٣٦) . كما يجوز للمحامى أن يحبس عن موكله أوراق القضية حتى يستوفي ثمنها ، بل ويجوز له ، وفقاً للقضاء الفرنسي ، أن يحبس أيضاً عن الموكل المستندات والأوراق الأصلية (نقض فرنسي ١٠ أغسطس سنة ١٨٧٠ دالوز ٧١ — ١ — ٤٠) ~~ممكن المالك~~ ٢٩ من قانون المحاماة (رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤) في مصر لا تبيح للمحامى أن يحبس موكله ما عهد به إليه من مستندات وأوراق أصلية إلى أن يستوفي ماله من أتعاب . وهذه التطبيقات أخرى كثيرة غير التي ذكرناها يرجع فيها إلى القاعدة العامة في الحبس ، فنكتفي بما قدمناه .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٥١ .

من الطرفين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يتقاضى حقه ، وبخاصة يجوز للحائز أن يحبس الأرض عن صاحبها حتى يتقاضى منه التعويض المستحق .

٦٦٥ — حبس المشتري للعين المؤجرة : نصت المادة ٩٤٦ من

التقنين المدني على أنه « ١ — إذا بنى المشتري فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة فى الشفعة ، كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس . ٢ — وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة ، كان للشفيع أن يطلب الإزالة . فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس ، فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس » . ويتبين من النص أنه يجب التمييز بين ما إذا كان المشتري بنى أو غرس قبل إعلان الرغبة فى الشفعة ، أو بعد إعلان هذه الرغبة . وفى الحالة الأولى يكون المشتري حسن النية ، فله الخيار فى أن يسترد من الشفيع إما المبلغ الذى أنفقه فعلاً أو ما زاد فى قيمة العقار . وفى الحالة الثانية يكون المشتري سبىء النية ، ومن ثم يكون للشفيع طلب الإزالة ، وله استبقاء البناء أو الغراس مقابل دفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس . فهناك إذن التزامات متقابلة مترابطة ترابطاً مادياً ، فعلى المشتري أن يرد العين المشفوع فيها إلى الشفيع ، وعلى الشفيع أن يرد إلى المشتري فى مقابل البناء أو الغراس إحدى القيم السالفة الذكر . فيجوز إذن للمشتري ، طبقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس العين المشفوع فيها حتى يستوفى القيمة المستحقة .

٦٦٦ — هو المشتري فى حبس المنقول المسروق أو الضائع : نصت

المادة ٩٧٧ من التقنين المدني على أنه « ١ — يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله ، إذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة . ٢ — فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله ، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له

التمن الذى دفعه» . ويتبين من هذا النص أن من يشتري بحسن نية شيئاً مسروقاً أو ضائعاً في سوق أو مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثله لا يلزم برد الشيء إلى مالكه إلا إذا طلبه المالك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة ورد للمشتري التمن الذى دفعه . وليس بين المشتري والمالك أية علاقة غير حيازة المشتري للشيء المسروق أو الضائع ، وقد أصبح المشتري دائناً باسترداد التمن بمناسبة هذا الشيء الذى يجب عليه أن يرده للمالك . ومن ثم وجد ارتباط مادي أو موضوعي ما بين التزام المشتري برد الشيء إلى المالك والتزام المالك برد التمن إلى المشتري ، فيجوز إذن للمشتري ، طبقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص (١) ، أن يحبس الشيء عن المالك حتى يسترد منه التمن (٢) .

٦٦٧- من المتفع فى ميس العين : نصت المادة ٩٨٩ من التقنين

المدنى على أن « ١ - المتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المتفع بها من التكاليف المعتادة وبكل النفقات التى تقتضيها أعمال الصيانة .
٢ - أما التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التى لم تنشأ عن خطأ المتفع فانها تكون على المالك ، ويلتزم المتفع بأن يودى للمالك فوائد ما أنفقه فى ذلك .
فان كان المتفع هو الذى قام بالإنفاق ، كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع» . ويتبين من هذا النص أن التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة فى العين المتفع بها تكون على المالك لا على المتفع ، فاذا قام المتفع بها كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع . ومن ثم يوجد التزامان متقابلان مترابطان ترابطاً مادياً : التزام المتفع برد العين المتفع بها إلى المالك عند انتهاء حق الانتفاع ، والتزام المالك برد أصل ما أنفقه المتفع فى التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة . فيجوز إذن للمتفع ، طبقاً لقاعدة الحبس

(١) بل أن نص المادة ٩٧٧ يتضمن معنى الحبس ، فقد ورد فيه أن للمشتري أن يطلب من المالك « أن يعجل له التمن الذى دفعه» . فتعجيل التمن يفيد أن المشتري يؤخر تسليم الشيء حتى يستوفى التمن (انظر الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٠ ص ١٩٤ هامش رقم ١) .
(٢) انظر فى عهد التقنين المدنى السابق : بنى مزار ٢٢ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ١٧ ص ١٢١ .

ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس العين المنتفع بها حتى يستوفى حقه من المالك^(١) .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على الحق في الحبس

٦٦٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٤٧ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« ١ - مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه » .

(١) انظر خلافاً في الرأي في فرنسا في بودري ودولوان ١ فقرة ٢٤١ . والقضاء في فرنسا لا يسير في حق الحبس إلى مداه المنطوق . فقد رأينا ينكر هذا الحق على الحائز سيء النية (انظر آنفاً فقرة ٦٥١ في الهامش) . وهو ينكر أيضاً هذا الحق على الحائز للعقار المرهون ، إذا نزع ملكيته ، ضماناً للمصروفات التي أنفقها ، وذلك لكيلا تتعطل دعوى الرهن (نقض فرنسي ١٤ نوفمبر سنة ١٨٨١ دالوز ٨٢-١-١٦٨ - محكمة بوردو الاستئنافية ١٢ أغسطس سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٦-٢-٤٠٩ - ترولون ٣ فقرة ٨٣٦ - ديبرانتون ٢٠ فقرة ٢٧٢ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة - بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٤٥٨ ص ٦١٣ هامش رقم ١ - كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٤٨٢ - وانظر عكس ذلك في أن الحائز العقار المرهون الحق في الحبس : ديمولومب ١ فقرة ٦٨٢ - بيدان ١ فقرة ٢٥٠) . أما في مصر فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٩ من التقنين المدني على ما يأتي : « ويلتزم الراعي عليه المزداد أن يرد إلى الحائز الذي نزع ملكيته المصروفات التي أنفقها في سند ملكيته وفي تسجيل هذا السند وفيما قام به من الإعلانات ، وذلك إلى جانب التزاماته بالثمن الذي رسا به المزداد وبالمصروفات التي اقتضتها إجراءات التطهير » . ويبدو أن للحائز حبس العين حتى يستوفى هذه الحقوق ، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ودون حاجة إلى نص خاص (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٠٩ ص ٤١٥ - ومع ذلك انظر : استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٦٢) . كذلك يوجد خلاف في فرنسا في حق الوارث الظاهر في أن يحبس مافي يده من أعيان التركة إذا كان قد دفع بعض ديون المورث ثم انتزع الوارث الحقيقي منه هذه الأعيان ، فللوارث الظاهر أن يرجع على الوارث الحقيقي بما دفعه من ديون التركة ، وله حق الحبس عند الفقهاء الذين يكتفون بقيام الارتباط مابين الدينين ، وليس له هذا الحق عند الذين يشترطون فوق الارتباط الأصل المشترك (انظر في هذه المسألة بودري ودولوان ١ فقرة ٢٤٣) . أما في مصر فيبدو أن للوارث الظاهر الحق في الحبس ، دون حاجة إلى نص خاص ، لقيام الارتباط المادي مابين الدينين .

« ٢ - وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة ،
وعليه أن يقدم حساباً عن غلته » .

« ٣ - وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن
يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة ١١١٩ ،
وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه »^(١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن هذه الأحكام كان
معمولاً بها في جملتها دون نص ، إلا ما يتعلق بالفقرة الثالثة التي تنص على حالة
من أحوال الحلول العيني ، كان من غير المتيسر الأخذ بها دون نص في عهد
التقنين المدني السابق .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادة ٢٤٨ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٨٣ ، وفي التقنين المدني الليبي
المادة ٢٥٠ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني ٢٧٤^(٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٣٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
« ١ - ليس لمن حبس شيئاً وفقاً للمادة السابقة حق امتياز عليه . وعلى الحابس أن يحافظ على
الشيء وأن يقدم حساباً عن غلته وفقاً للأحكام التي تسرى في حق الدائن المرتهن رهن حيازة .
٢ - إذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء
في بيعه وفقاً للإجراءات المرسومة لبيع الشيء المرهون حيازة ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء
إلى ثمنه » . وفي لجنة المراجعة لوحظ أن النص كما ورد في المشروع التمهيدى يلزم الحابس بواجب
استغلال العين المحبوسة على النحو المقرر في حق الدائن المرتهن حيازة ، وقد رأى أنه يحسن عدم
تقرير هذا الواجب ، ثم عدل النص إلى جانب ذلك تعديلاً لفظياً جعله أدق في أداء المعنى ، فأصبح
مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقم المادة ٢٥٩ في المشروع النهائي .
ووافق مجلس النواب على النص ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٤٧ (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٢ ص ٦٥٣ - ص ٦٥٥) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٤٨ (مطابقة لنص
التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني العراقي م ٢٨٣ (متفقة في الحكم مع نص التقنين المدني المصرى ، ولا يوجد
إلا بعض خلاف لفظي — وانظر في شرح المادة للدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في
القانون المدني العراقي فقرة ١١٤) .

التقنين المدني للملكة الليبية المتحدة م ٢٥٠ (مطابقة لنص التقنين المدني المصرى) .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧٤ : « أن حق الحبس ، مع مراعاة الحالة الخاصة -

والنص الذى نحن بصدده ، وكذلك النص التالى الذى يبين أسباب انقضاء الحق فى الحبس ، إنما يعرضان للحالة التى تحبس فيها عين معينة بالذات فى دين مرتبط بها ارتباطا قانونيا أو ارتباطا ماديا . أما إذا كان الشيء المحبوس ليس عينا معينة بالذات ، فقواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد هى التى تنطبق ، وقد سبق لنا شرحها فى الجزء الأول من هذا الوسيط^(١) . ونقتصر هنا على الحالة التى يكون فيها الشيء المحبوس عينا معينة بالذات . فالحبس للعين ، بمقتضى حبسه لها ، تتقرر له حقوق وتترتب عليه واجبات ، تتولى الآن بسطها .

المبحث الأول

حقوق الحبس للعين

٦٦٩ — معرفة الحبس بالمالك وعرفته بالغير : نميز — فى بسط حقوق الحبس للعين — بين علاقة الحبس بمالك العين وهو عادة المدين الذى تحبس العين فى دينه ، وعلاقة الحبس بالغير .

المطلب الأول

علاقة حبس العين بمالكها

٦٧٠ — حبس العين عن مالكها : متى توافرت الشروط اللازمة لنشوء الحق فى حبس العين ، أصبح للدائن الحق فى حبس هذه العين عن

المتقدم ذكرها (استرداد حيازة العين إذا نزع خفية أو بالعنف)، لا يمنع صاحبه حق التبع ولا حق الأفضلية ، وإنما يمكن الاحتجاج به على الجميع ، بمعنى أن الحبس يحق له أن يرفض التدخل عن الشيء أية كانت شخصية المعارض « . (ويتفق التقنين اللبناني مع التقنين المصرى فى الحكم ، وإن اختلف فى اللفظ — انظر فى هذا المعنى الدكتور صبحى الحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبناني ص ٥١ — ص ٥٢) .

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٩٢ — فقرة ٥٠٣ .

مالكها^(١) ، فلا يستطيع هذا أن يطالب الحائز برد العين حتى يقوم بوفاء ما في ذمته من الدين للحائز .

وتبقى العين محبوسة في يد الحائز حتى يستوفي هذا كل حقه^(٢) . فلو كان هذا الحق مصروفات ضرورية أو نافعة أنفقها الحائز على العين ، فللحائز أن يحبس العين حتى يستوفي من المالك جميع الحقوق التي قرر لها القانون والتي سبق بيانها (م ٩٨٠ مدني) . ذلك أن الحق في حبس العين غير قابل للتجزئة (indivisible)^(٣) ، شأنه في ذلك شأن كل ضمان . فلو أن المالك وفي الحائز جزءاً من الدين ، فإن الحائز يبقى حابساً للعين كلها حتى يستوفي الباقي بأكمله^(٤) ، ولو أن الدين الذي في ذمة المالك انقسم على ورثته بعد موته — وهذا لا يقع في

(١) وذلك دون حاجة إلى حكم أو حتى إلى إغذار كما سبق القول (انظر آنفاً فقرة ٦٤٤ — استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٣٠) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقد المحرر بين مدين ودائنه (بنك التسليف) ينص على أن المدين تعهد بأن يسدد إلى البنك مطلوبه على أقساط وبأن يقدم له عقاراً بصفة رهن تأميناً للسداد ، وعلى أن البنك تعهد من جانبه برفع الحجزين السابق توقيعهما منه على منقولات المدين وعقاراته متى تبين بعد حصول الرهن وقيده واستخراج الشهادات العقارية عدم وجود أى حق عيني مقدم عليه ، ثم فسرت المحكمة ذلك بأن قبول البنك تقسيط الدين متوقف على قيام المدين بتقديم التأمين العقاري بحيث إذا لم يقدم هذا التأمين بشروطه المنصوص عليها في العقد كان البنك في حل من قبول التقسيط ، وتعرفت نية المدين في عدم تقديم التأمين من خطاب صادر منه ، وبناء على ذلك قضت بعدم ارتباط البنك في التقسيط وبأحقية في الاستمرار في التنفيذ بدينه على المنقولات والعقارات دون أن يكون ملزماً بتكليف المدين رسمياً بالوفاء ، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون في شيء (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧ ص ٣٦) .

(٢) أو يعرضه المدين عرضاً حقيقياً يقبله الحابس أو يحكم بصحته (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٨ ص ٢٥٤) . ولا يكفي أن يودع المدين المبلغ المستحق للدائن في خزانة المحكمة (استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٠) . على أنه إذا كان حق الدائن غير معلوم المقدار ، جاز للمدين أن يطلب من القاضي الإذن له في إيداع خزانة المحكمة مبلغاً كافياً ، يقدره القاضي ، على ذمة الدائن يفي بحقه عند تقديره ، ويكون للمدين بعد الإيداع إجبار الحابس على التسليم (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٤ ص ٢٠٠ — وانظر آنفاً فقرة ٦٤٢ في الهامش) .

(٣) بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٤٤ .

(٤) نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٨ ص ١٠٢٦ — ولو أن الصانع تسلم الخامات من رب العمل . وصنم بعضها وسلمه إليه قبل أن يتسلم أجره ، =

الفقه الإسلامى وإنما يقع فى القانون الفرنسى — فإن الحائز يبقى حابسا للعين حتى يستوفى من كل وارث نصيبه فى الدين . على أنه يجب على الحائز ألا يتعسف فى استعمال حقه فى الحبس ، فلو أن الباقي من الدين كان جزءاً قليلاً تافهاً ، كان من التعسف كما قدمنا أن يبقى حابسا للعين كلها فى هذا الجزء التافه ، ووجب عليه أن يرد العين لمالكها مع مطالبته بالباقي من الدين^(١) .

وما ذكرناه فى حق المالك يسرى فى حق ورثته ، فللحائز حبس العين فى مواجهة ورثة المالك ، وهم خلفه العام ، حتى يستوفى كل حقه^(٢) . وكذلك ينتقل الحق فى الحبس من الحائز إلى ورثته ، فلو مات الحائز كان لورثته حبس العين إلى أن يستوفوا حقهم الذى انتقل إليهم من مورثهم .

٦٧١ — لا يعطى الحبس بمجرد موامنته للحبس : على أن حبس

العين على النحو المتقدم لا يجعل للحبس حق امتياز عليها ، وتقول الفقرة الأولى من المادة ٢٤٧ أن « مجرد الحق فى حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه^(٣) » .

= فإن له أن يحبس الباقي حتى يستوفى كل الأجر ، ويدخل فى ذلك الأجر عن الجزء الذى سبق له تسليمه (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٢ — ١٦٣ — بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٤٤ ص ٢٣٣ — ص ٢٣٤ — بلانيول وريبير وأسبان ٦ فقرة ٤٥٣ ص ٦٠٧) .
(١) انظر آنفاً فقرة ٦٤٤ — ويجوز لقاضى الأمور المستعجلة إذا كان واضحاً أن الباقي من الدين جزء تافه لا يستحق الحبس من أجله ، أو كان واضحاً أن الدين الذى حبست العين فيه ليس بجدى ، أن يقضى برد العين إلى صاحبها (بلانيول وريبير وأسبان ٦ فقرة ٤٥٧ ص ٦١١ هامش رقم ٤) . ويجوز أيضاً ، إذا تيسر ذلك ، أن يستبقى الحائز جزءاً من العين يتناسب مع الجزء الباقي من الدين محبوساً فى يده . ويجب على كل حال التفريق بين الالتزامات الأساسية التى كانت سبباً حافزاً للتعاقد وهذه هى التى يجوز الحبس من أجلها ، وبين الالتزامات الثانوية وهذه لا تجل للحبس فيها ، فإذا تعهد المؤجر بحرق الأرض ولم ينفذ تعهده ، لم يجز للمستأجر الامتناع عن سداد الإيجار (الفيوم الكلية ٧ أكتوبر سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٣ رقم ٤٨٤ ص ١١١٨) .
وتقضى المحاكم فى فرنسا بأن المهندس أو المحامى الذى يحبس مستندات لعميله ، ويكون من الضروري تقديم هذه المستندات للدفاع عن مصالح العميل ، يلزم بتسليم هذه المستندات إلى أمين يستخدمها لمصلحة العميل ، ثم يردّها ثانية إلى من تسلمها منه (نقض فرنسى ١٩ يولييه سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٦ — ١ — ٩ — ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤ — ١ — ٧٥ — بلانيول وريبير وأسبان ٦ فقرة ٤٥٧ ص ٦١١ هامش رقم ٥) .

(٢) بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٢٦ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢

وهذا هو الجوهرى فى الحبس ، فهو ليس بحق عينى كما قدمنا . على أنه حتى لو كان حقاً عينياً — كما كان فعلاً فى التقنين المدنى السابق — فإنه بمجردده لا يجعل للحابس حق امتياز^(١) . ويترتب على ذلك أن الحابس إذا نفذ على العين المحبوسة بحقه ، فإنما ينفذ عليها كدائن عادى لا كدائن له حق امتياز ، فيزاحمه سائر الدائنين فى الثمن ويقاسمونه فيه مقاسمة الغرماء . وهو متى أقدم على بيع العين جبراً فى دينه ، فقد نزل عن حقه فى الحبس ، لأنه لا يستطيع — وهو الذى طلب البيع — أن يمتنع عن تسليم العين لمن رسا عليه المزا ، ولا يبقى أمامه إلا الثمن الذى رسا به المزا يستوفى منه ، هو وسائر الدائنين كما قدمنا ، الحق الذى له^(٢) .

ولكن إذا بقي الحائز حابساً للعين ، ولم ينفذ عليها ، فإن حقه فى الحبس يبقى قائماً ، حتى لو باع المالك العين من آخر أو نفذ أحد الدائنين الآخرين بحقه على العين فباعها جبراً لمن رسا عليه المزا . ففى جميع هذه الأحوال يبقى حق الحائز فى حبس العين قائماً فى مواجهة المشتري من المالك أو فى مواجهة الراسى عليه المزا^(٣) ، على تفصيل سيأتى بيانه عند الكلام فى علاقة الحابس بالغير . ولا يبقى إلا توفية الحابس حقه كاملاً إذا لم يكن هو الذى نفذ على العين ، وينتهى الحق فى الحبس فى هذه الحالة إلى النتيجة الفعلية التى ينتهى إليها حق الامتياز^(٤) .

(١) ولكن يلاحظ أنه من الجائز أن يكون الدين الذى حبست فيه العين له أيضاً حق امتياز بموجب القانون ، كما هى الحال فى امتياز المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم (م ١١٤٠ مدنى) ، وكما هى الحال فى امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين الممارين الذين عهد إليهم فى تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو فى إعادة تشييدها أو ترميمها أو فى صيانتها (م ١١٤٨ مدنى) . ففى مثل هذه الأحوال يتقدم الحابس على سائر الدائنين ، ولكن لا بمقتضى حقه فى حبس العين ، بل بمقتضى ما أثبتته له القانون من حق الامتياز .

(٢) استئناف مصر ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤ — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٥ .

(٣) استئناف مصر ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤ (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) — وقارن : استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٠٨ ص ٦٣٨ . وانظر : الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٦ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٧ .

(٤) استئناف مصر ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤ (وهو الحكم =

٦٧٢ — حبس الثمرات : وإذا كانت العين المحبوسة تنتج غلة أو ثمرات ، فليس للحائز إلا حبسها ، وليس له حق امتياز عليها ، شأنها في ذلك شأن العين نفسها^(١) . وسنرى في واجبات الحابس أنه لا يلتزم باستغلال العين إلا إذا كانت بطبيعتها تنتج غلة . فإذا باع الحابس الغلة للتنفيذ عليها ، فقد حققه في حبسها ، كما رأيناه يفقد هذا الحق إذا ما نفذ على العين .

ولكن إذا كانت الغلة معرضة للتلف ، جاز للحائز استئذان القاضي في بيعها ويقوم ثمنها مقامها فيبقى حابساً له حتى يستوفي حقه^(٢) . ولكن لا يتقدم في هذا الثمن على سائر المدينين ، بل يقاسمونه فيه مقاسمة الغرماء إذا أراد التنفيذ عليه بحقه . ويتبين من ذلك أن هناك فرقاً بين أن يبيع الحابس الثمرات استيفاء لحقه وفي هذه الحالة يقاسمه الدائنون مقاسمة الغرماء ، وبين أن يبيع الثمرات باذن من القاضي لأنها معرضة للتلف وفي هذه الحالة يبقى حابساً للثمن الذي يقوم مقام الثمرات ، فإذا ما نفذ على الثمن وهو محبوس في يده زاحمه الغرماء^(٣) .

= (السابق الإشارة إليه) — استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ — الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٥ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٨ ص ٢٥٥ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٢٠ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٧ ص ٢٠٦ .

فالحبس إذن حالة مؤقتة تنتهى أما إلى إذعان المدين ودفعه الدين كاملاً للحابس ، وأما إلى تخلى الحابس عن الحبس للتنفيذ على العين المحبوسة . وقد تنتهى إلى المطالبة بفسخ العقد ، وهذه هى حالة نهائية لا مؤقتة . وقد يتخلف عن الحبس أثر دائم كما في العقد الزمنى أو المستمر (contrat successif) ، فإن شركة النور مثلاً إذا وقفت تنفيذ التزامها فقطعت النور عن المستهلك مدة من الزمن كان لهذا أثر دائم لا سبيل إلى الرجوع فيه (بلانيول وريبير وأسبان ٦ فقرة ٤٥٧ ص ٦١٢) .

(١) وتبقى الثمرات والغلة ملكاً لصاحب العين ، ولا يحرم هذا إلا من حق الاستعمال لأنه يتعارض مع الحق في الحبس . وتعتبر العين وغلتها داخلة في الضمان العام لدائى المالك ، فيجوز ، كما قدمنا ، لأى دائن التنفيذ بحقه عليها ، بشرط ألا يخل بالحق في الحبس (بيدان وفواران فقرة ٢٨٢ — الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٢ ص ٥٩٩ — ص ٦٠٠) .

(٢) قياساً على بيع العين نفسها إذا تعرضت للتلف كما سيأتى (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٩) .

(٣) ويختلف المرتهن رهن حيازة ، بالنسبة إلى الثمرات ، عن الحابس . فالمرتهن يستثمر العين المرهونة استثماراً كاملاً ، وما يحصل عليه من صافي الربح يخصم من الدين المضمون بالرهن

المطلب الثاني

علاقة حابس العين بالغير

٦٧٣ — الدائرون العاديون: رأينا فيما قدمنا أن وريثة المالك يحلون محله ولا يعتبرون من الغير ، فيسرى الحبس في حقهم كما كان يسرى في حق المالك مورثهم . أما الدائرون العاديون للمالك فهؤلاء يعتبرون من الغير ، ولكن مع ذلك يسرى الحبس في حقهم أيضاً كما يسرى في حق المالك . فلو أن دائناً عادية للمالك — أيا كان تاريخ دينه وسواء كان متأخراً عن تاريخ ثبوت الحق في الحبس أو متقدماً على هذا التاريخ^(١) — أراد أن ينفذ بحقه على العين المحبوسة ، فباع العين جبراً فإن الحائز يستبقى حقه في الحبس في مواجهة هذا الدائن وفي مواجهة المشتري الراسي عليه المزاد — وهو أيضاً يعتبر من الغير — إلى أن يستوفى حقه كاملاً^(٢) . ولو كان الحكم غير ذلك لفقد الحق في الحبس أهميته ، إذ كان أي دائن للمالك يستطيع أن يبيع العين جبراً فيفقد الحابس حقه في الحبس .

هذا هو مبلغ نفاذ الحق في الحبس في مواجهة الدائن العادي . وقد يؤدي ذلك من الناحية العملية ، كما قدمنا ، إلى أن يستوفى الحائز حقه كاملاً قبل سائر الدائنين^(٣) ، ولكن ليس للحائز من الناحية القانونية ، كما سبق القول ، أي امتياز على العين المحبوسة .

= ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفق في المحافظة على الشيء وفي الإصلاحات ، ثم من المصروفات والفوائد ، ثم من أصل الدين (م ١١٠٤ مدني) .

(١) حتى لو شهر إفلاس المالك ومثل السنديك الدائنين ، فإن الحق في الحبس يكون نافذاً في مواجهة الدائنين والسنديك الذي يمثلهم (انظر المادة ٥٩٤ فقرة ٢ مدني ، وهي تنص على حق البائع في حبس المبيع ، ولو لم يحل لأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل بسبب شهر إفلاسه أو إعساره . فالبائع هنا يحبس المبيع عن دائني تفليسه المشتري : الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات ص ٦٠١ هامش رقم ٢) .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ — أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦

مكررة ص ١٦٣ — ص ١٦٤ .

(٣) قارن بلانيول وريبير وألمان ٦ فقرة ٤٥٨ ص ٦١٥ .

٦٧٤ — الخلف الخاص : وهو كل من انتقلت إليه ملكية العين المحبوسة

من المالك ، أو انتقل إليه منه حق عيني على العين المحبوسة . وذلك أن الحبس لا يعطل حق المالك في التصرف في ملكه فله أن يبيع العين وهي محبوسة في يد الحائز ، وله أن يرتب عليها حق رهن أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية .

فاذا كانت العين المحبوسة عقاراً ، فإن المشتري من المالك والدائن المرتهن وصاحب حق الانتفاع أو حق الارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية يجب عليهم أن يشهروا حقوقهم . فإن كانوا قد شهروا حقوقهم قبل أن يثبت للحائز الحق في حبس العين ، لم يسر هذا الحق في مواجهتهم ، فإن حقوقهم العينية على العين المحبوسة قد حفظت بالشهر قبل الحبس ، ولا يستطيع الحائز إذن أن يحبس عنهم العين . وإن كانوا قد شهروا حقوقهم بعد أن ثبت للحائز الحق في حبس العين (١) ، فإن هذه الحقوق العينية لا تنفذ في حق الحابس ، ويستطيع هذا أن يتمسك بحقه في الحبس في مواجهة المشتري أو الدائن أو أى صاحب حق عيني آخر . ولو قلنا بغير ذلك وبأن الحبس لا يسرى في حق هؤلاء في هذه الحالة ، لسهل على المالك أن يهرب من الحبس ببيعه العين أو بترتيب حق عيني عليها ، فيسقط الحبس في حق من تصرف له المالك .

أما إذا كانت العين المحبوسة منقولا ، فإن الحق في الحبس يسرى في حق من ترتبت لهم حقوق عينية بعد الحبس . ويسرى كذلك في حق من ترتبت لهم حقوق عينية قبل الحبس إذا كان الحابس حسن النية أى لا علم له بهذه الحقوق ، لأن الحبس يتضمن الحيابة والحيابة بحسن نية في المنقول لها هذا الأثر كما هو معروف (٢) .

(١) ولا يشترط أن يكون السند المنشئ للحق في حبس العقار مسجلاً (الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٨ ص ٦٠٨ — عكس ذلك : استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٠٨ ص ٦٣٨ — الاسكندرية الكلية الوطنية ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٧٤ ص ٢٠٤) .

(٢) انظر في هذا المعنى أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٣ — بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٤٩ ص ٢٣٩ — ص ٢٤٠ — بلانيول وريبير وأسبان ٦ فقرة ٤٥٨ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٢١ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٦ — =

بقي أن يكون سبب الحبس هو إنفاق مصروفات على العين . ففي هذه الحالة وحدها يسرى الحق في الحبس على الخلف الخاص دائماً ، سواء كانت العين المحبوسة منقولا أو عقاراً ، وسواء كان حق الخلف الخاص قد شمر بعد ثبوت الحق في الحبس أو قبل ذلك إن كانت العين عقاراً . ذلك أن إنفاق المصروفات على العين قد أفادها في ذاتها ، فأفاد تبعاً لذلك كل من يطالب باستردادها ولو كان حقه ثابتاً قبل إنفاق هذه المصروفات . ويصدق ذلك على المنقول ، حتى لو كان الحابس سييء النية (٢) .

المبحث الثاني

واجبات الحابس للعين

٦٧٥ — **واجبات مبررة** : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٤٧ تقول : « وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن

== وقارن جوسران ٢ فقرة ١٤٦٩ — أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ٧٦ . وقارن أيضاً الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات (فقرة ١٦٦) وهو يرى سريان الحق في الحبس في مواجهة الغير إطلاقاً ، ولو كسبوا حقوقاً شهروها قبل الحبس . وقارن الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات (فقرة ٤١٨ — فقرة ٤٢٢) ويذهب إلى أن الحق في الحبس يحتاج به على الغير إطلاقاً ، ولا يستثنى إلا حالة ما إذا كان الحق في الحبس متفرعاً من رهن حيازي القيد على عقار وبيع العقار جبراً ، فحينئذ لا يحتاج بالحق في الحبس على الراسي عليه المزداد . (٢) انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٤٥٨ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٦ . وانظر آنفاً فقرة ٦٤٣ في الهامش .

هذا وهناك « غير » لا يسرى عليه الحق في الحبس ، وهو المالك للعين المحبوسة إذا لم يكن هو المدين للحابس . فإذا باع شخص ملك غيره وقبض الثمن ، ثم أبطل المشتري المبيع ، فليس له أن يحبس المبيع حتى يسترد الثمن إلا في مواجهة البائع وهو المدين له برد الثمن ، ومن ثم لا يجوز للمشتري أن يحبس المبيع في مواجهة المالك الحقيقي وهو غير مدين له بشيء (مصر الكلية الوطنية ٤ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٢٢ ص ٦٧٥ — وانظر آنفاً فقرة ٦٦٢ في الهامش) . كذلك ليس للمقاول من الباطن أن يحبس العين عن المالك بماله من حق في ذمة المقاول الأصلي ، ما دام المالك ليس مديناً لا للمقاول من الباطن ولا للمقاول الأصلي (استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧١) .

يقدم حساباً عن غلته ». فهناك إذن واجبان على الحابس : المحافظة على العين المحبوسة ، وتقديم حساب عن غلتها . يضاف إلى هذين الواجبين واجب ثالث ، هو رد العين المحبوسة إلى صاحبها عند انقضاء الحق في الحبس .

٦٧٦ — المحافظة على العين المحبوسة : يلتزم الحابس بالمحافظة على العين المحبوسة وفقاً لأحكام رهن الحيازة . وأحكام رهن الحيازة في هذه المسألة مبسطة في المادة ١١٠٣ ، وهي تنص على أنه « إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه » . فالمرتهن حيازة ملتزم بالمحافظة على العين المرهونة ، والتزامه هذا هو التزام يبذل عناية لا التزام بتحقيق غاية . ومقدار العناية المطلوب منه أن يبذله في المحافظة على العين المرهونة هو عناية الشخص المعتاد ، وهو كما نرى معيار موضوعي لا ذاتي . ثم أنه ملتزم برد العين المرهونة عند انقضاء الرهن ، والتزامه هذا — على النقيض من التزامه بالمحافظة على العين — هو التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية . ومن ثم فهو مسئول ، إذا لم يرد العين المرهونة لهلاك أو لتلف ، عن التعويض ، ما لم يثبت أن الهلاك أو التلف يرجع إلى سبب أجنبي^(١) . والذي يعنينا هنا هو الالتزام بالمحافظة على العين لا الالتزام بالرد . فالحابس ، كما قدمنا ، يلتزم بالمحافظة على العين المحبوسة ، والتزامه هو التزام ببذل عناية ، هي عناية الرجل المعتاد . ومصدر هذا الالتزام هو القانون ، وقد رتب القانون الالتزام على واقعة مادية هي حبس العين .

فاذا قصر الحابس عن بذل هذه العناية ، اعتبر هذا خطأ منه ، وتحققت مسئوليته التقصيرية ، وأصبح ملزماً بالتعويض . ويعتبر مقصراً لو نزل عن عناية الرجل المعتاد ، حتى لو لم ينزل عن العناية التي يبذلها هو في حفظ ماله . فلو كانت العين المحبوسة سيارة أو داراً ، وكان الحابس معروفاً بالإهمال والتقصير ، وترك

(١) انظر في هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات العينية ص ٤١٠ — ص ٤١١ وص ٦٠١ ، وفي عقد الإيجار طبعة ثانية فقرة ٢١٤ وفقرة ٢١٩ وفقرة ٢٢٣ — وقارن الأستاذ شفيق شحاته في النظرية العامة للتأمين العيني فقرة ١٥٣ — فقرة ١٥٤ .

السيارة دون صيانة حتى أصيبت بتلف في بعض أجهزتها ، أو ترك الدار دون ترميم حتى تخرب بعض أجزائها ، كان مسئولاً عن التعويض ، ولا يدفع عنه المسؤولية أن يثبت أنه يفعل ذلك فيما هو مملوك له ويهمل هذا الإهمال في صيانة سيارته أو داره . ذلك أن مقدار العناية المطلوب منه هو ، كما قدمنا ، عناية الرجل المعتاد لاعنائه الشخصية ، والرجل المعتاد لا يأتي مثل هذا الإهمال . فإذا بذل عناية الرجل المعتاد برئت ذمته من المسؤولية ، حتى لو تعيبت العين المحبوسة في يده ، وثبت أن الحابس يبذل في المحافظة على ماله عناية أكبر من عناية الرجل المعتاد وأنه لو بذل مثل هذه العناية في المحافظة على العين المحبوسة لما تعيبت ، فليس يطلب منه أكثر من عناية الرجل المعتاد ، ارتفعت هذه العناية أو نزلت عن عنايته الشخصية بحفظ ماله (١) .

وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٧ على إجراء خاص يتخذه الحابس ، وهو متفرع عن التزامه بالمحافظة على العين المحبوسة ، فقضت بأنه «إذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه» (٢) . وهذا الإجراء فيه مصلحة مشتركة لكل من الحابس والمالك . فلو أن العين المحبوسة كانت مأكولاً أو مشروباً مما يسرع إليه التلف ، فمن مصلحة الحابس محافظة على ضمانه أن يستأذن في بيعها ، وكذلك من مصلحة المالك محافظة على ملكه أن يطلب بيعها . لذلك نرى - قياساً على ما جاء في المادة ١١١٩ المشار إليها في النص - أن لكل من الحائر والمالك أن يطلب بيع العين المحبوسة في هذه الحالة ، بل أن الحائر يجب عليه ، إذا أبقن أن العين تهلك أو تتلف لو احتفظ بها ، أن يبادر إلى اتخاذ إجراءات البيع ، وإلا كان مقصراً في المحافظة على الشيء ، فإن هذا الإجراء هو ما يبادر إليه

(١) وعاء الإثبات يقع على عاتق المالك ، وهو الدائن في هذا الالتزام ، فعليه أن يثبت أن العين قد تعيبت . فإذا ما أثبت ذلك ، فقد أقام قرينة قضائية على أن الحابس لم يحم بالتزامه من المحافظة على الشيء . فإذا أراد الحابس أن يدحض هذه القرينة ، فعليه أن يثبت أنه بذل في المحافظة على الشيء عناية الرجل المعتاد ، أو أن التعيب يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه . انظر في عبء إثبات الالتزام ببذل العناية : الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٢٩ ص ٦٦١ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٤ .

الرجل المعتاد في المحافظة على ماله . وأكثر ما يتحقق ذلك في المنقول ، فان العقار قل أن يخشى عليه الهلاك أو التلف . وإجراءات البيع هي المذكورة في المادة ١١١٩ ، في رهن المنقول رهن حيازة إذا خيف على الشيء المرهون الهلاك أو التلف ، وتجري هذه المادة على الوجه الآتي : « ١ — إذا كان الشيء المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ، ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقوم بدله ، جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق . ٢ — ويفصل القاضي في أمر إبداع الثمن عند الترخيص في البيع ، وينتقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء إلى ثمنه . والإذن يكون أمراً على عريضة تتبع فيه الإجراءات المقررة في مثل هذه الأوامر . ويكون البيع ، كما تقرر المادة ١١١٩ ، بالمزاد العلني وفقاً للإجراءات المقررة في البيوع الجبرية ، فإذا كان للعين سعر معروف في البورصة أو الأسواق التجارية بيع بهذا السعر دون حاجة إلى إجراءات المزاد العلني . ولا يعتبر طلب الحابس بيع العين في هذه الحالة تنفيذاً على العين ، وإلا لفقد حقه في الحبس كما قدمنا . وإنما يعتبر هذا الإجراء إجراءً ضرورياً للمحافظة على العين من الهلاك أو التلف ، فلا يفقد الحابس حقه في الحبس ، ولكن ينتقل هذا الحق من الشيء إلى ثمنه كما تقول كل من المادتين ٢٤٧ و ١١١٩ . وهذا معناه أن الثمن يحل حلاً عينياً محل العين المحبوسة ، وهذه حالة من حالات الحلول العيني نص عليها القانون . ويعين القاضي الجهة التي يودع فيها الثمن ، فقد تكون خزانة المحكمة ، وقد تكون جهة الحابس نفسه ، وقد يودع الثمن عند أمين^(١) .

٦٧٧ — تفريم الحساب عن الغلة : في رهن الحيازة يلتزم المرتهن باستغلال العين المرهونة استغلالاً كاملاً ، ثم ينحصر الغلة من الدين ، وقد نصت المادة ١١٠٤ من القانون المدني في هذا الصدد على ما يأتي : « ١ — ليس للدائن

(١) وهناك واجب آخر على الحابس يتفرع من أنه يعتبر هو ، لا المالك ، الحارس للعين المحبوسة ، إذ يترتب على ذلك أنه يكون مسئولاً عما تحدثه العين من الضرر للغير مسئولية الحارس عن الأشياء (دريدا في أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ *Rétention* فقرة ٦١ ص ٧٠٨ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٥ ص ٢٠٢ .

أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل . ٢ - وعليه أن يستثمره استثماراً كاملاً ما لم يتفق على غير ذلك . ٣ - وما حصل عليه الدائن من صافي الربح وما استفاده من استعمال الشيء ينخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفقته في المحافظة على الشيء وفي الإصلاحات ، ثم من المصروفات ، ثم من أصل الدين .

وقد رأينا أن الحابس ، خلافاً للدائن المرتهن رهن حيازة ، ليس له أن يستولى على الثمرات ينخصمها من الدين ، بل كل ما له هو أن يحبسها مع العين حتى يستوفي حقه ، وقد يبيعها إذا كان يخشى عليها الهلاك أو التلف ويحبس الثمن كما سبق القول . وكما أن الحابس ليس له أن يملك الثمرات خصماً من الدين ، كذلك ليس عليه ، خلافاً للدائن المرتهن رهن حيازة ، التزام باستغلال العين المحبوسة . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٢٤٧ يجرى على الوجه الآتى : «... وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وأن يقدم حساباً عن غلته وفقاً للأحكام التى تسرى فى حق الدائن المرتهن حيازة .» وفى لجنة المراجعة لوحظ أن النص على هذا النحو يقرر التزاماً فى ذمة الحابس باستغلال العين استغلالاً كاملاً على الوجه المقرر فى شأن الدائن المرتهن رهن حيازة ، ورؤى أنه يحسن عدم تقرير هذا الالتزام ، فعُدل النص على الوجه الآتى : «وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته^(١)» . فلم يرتب النص فى شأن الغلة إلا التزاماً بتقديم الحساب ، ولم يجعله خاضعاً لأحكام رهن الحيازة كما جعل التزام المحافظة على الشيء لئلا يكون هناك التزام فى ذمة الحابس باستغلال العين المحبوسة .

ولكن الالتزام بتقديم الحساب عن الغلة يقتضى بطبيعة الحال أن يقبض لحابس هذه الغلة ويحبسها ، ثم يقدم حساباً عنها للمالك^(٢) . فالعين إذا كانت بطبيعتها تنتج غلة ، كأرض تزرع أو دار تسكن أو أوراق مالية تنتج أرباحاً ، فعلى الحابس أن يستمر فى زراعة الأرض ، وسكنى الدار أو إيجارها ، وقبض

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٣ - ص ٦٥٥ - وانظر آنفاً فى تاريخ نص المادة ٢٤٧ ما قدمناه فى فقرة ٦٦٨ فى الهامش .

(٢) نقض مدنى ٤ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٣ ص ٢٢٤ .

(م ٧٥ الوسيط - ج ٢)

أرباح الأوراق المالية ، وما إلى ذلك . وله أن يحبس هذه الغلة حبسه للعين ذاتها ، وعليه أن يقدم حساباً عن الغلة إلى المالك عند انقضاء الحق في الحبس ، فيرد له العين وغلتها . أما إذا كانت العين لا تنتج بطبيعتها غلة ، كسيارة أو ساعة أو أثاث أو نحو ذلك ، فلا يلتزم الحابس باستغلالها ، بل يبقيا عنده دون استغلال مع المحافظة عليها وصيانتها على النحو الذي قدمناه^(١) .

٦٧٨ - رد العين المحبوسة : ويلتزم الحابس أخيراً برد العين المحبوسة للمالك عند انقضاء الحق في الحبس . وهذا الالتزام يختلف مصدره باختلاف العلاقة السابقة فيما بين الحابس والمالك . فقد يكون مصدره العقد ، كما في حبس البائع للمبيع حتى يستوفي الثمن ، فإذا ما استوفاه انقضى حقه في الحبس ووجب عليه تسليم المبيع إلى المشتري ، ومصدر الالتزام بالتسليم هو عقد البيع . وقد يكون مصدره غير العقد ، كما إذا حاز شخص أرضاً مملوكة للغير وبني عليها أو غرس ، ثم حبسها حتى يستوفي حقه في التعويض ، فهو بعد استيفائه حقه ملزم برد الأرض إلى صاحبها ، ومصدر الالتزام هنا هو الإثراء بلا سبب . وأياً كانت علاقة المالك بالحابس ، فإن المالك يستطيع دائماً ، باعتباره مالكاً ، أن يرفع على الحابس بعد انقضاء الحق في الحبس دعوى عينية باستحقاق العين .

ونرى من ذلك أن التزام الحابس برد العين بعد انقضاء الحق في الحبس لا يرجع إلى الحبس ذاته ، فالحبس مجرداً واقعة مادية لا ترتب التزاماً على الحابس برد العين إلى صاحبها . ولكن إذا انقضى الحبس ، فقد زال المانع الذي كان يحول دون الرد ، فيعود الالتزام بالرد في ذمة الحابس وفقاً للعلاقة القانونية التي كانت تربطه بالدائن قبل الحبس .

ومن هنا نتبين الفرق بين الحبس ورهن الحيازة . ففي رهن الحيازة يلتزم الدائن المرتهن برد العين المرهونة بموجب عقد الرهن ذاته ، ويكون مسئولاً عن الهلاك

(١) قارن الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٣ ص ٦٠١ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٩ ص ٢٥٦ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٥ ص ٢٠٢ .

والتلف إلا إذا أثبت السبب الأجنبي، فالالتزام بالرد التزام بتحقيق غاية مصلده العقد. أما الحابس فيرجع التزامه بالرد إلى العلاقة التي كانت بينه وبين المالك قبل الحبس كما سبق القول، وهذه العلاقة هي التي تحدد مدى الالتزام بالرد، ومن يحمل تبعه الهلاك وما إلى ذلك، ومن ثم لا يكون هناك محل لتطبيق أحكام رهن الحيازة في التزام الحابس بالرد^(١).

الفرع الثالث

انقضاء الحق في الحبس

٦٧٩ — **النصوص القانونية:** تنص المادة ٢٤٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

- « ١ — ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه ».
- « ٢ — ومع ذلك يجوز لحابس الشيء إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته، أن يطلب استرداده، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه^(٢) ».

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق، ولكن الحكم ليس إلا تطبيقاً

(١) قارن الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٣ ص ٦٠٢ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٩ ص ٢٥٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٢٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« ١ — ينقضي الحق في الحبس بفقد الحيازة . ٢ — ومع ذلك يجوز لحابس الشيء إذا خرج الشيء من حيازته خفية أو بالرغم من معارضته، أن يطلب استرداد الحيازة، إذا هو قام بهذا الطلب في خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من حيازته » . وفي لجنة المراجعة استبدلت عبارة « بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه » بعبارة « بفقد الحيازة » حتى يكون النص أدق تعبيراً عن المعنى، ووضع حد زمني ينقضي حق الحبس بانقضائه ولو لم يعلم الحابس بخروج الشيء من يده لوضع حد للمنازعات، وحدد الأجل بسنة . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد، وصار رقمه ٢٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٦ — ص ٦٥٧) .

للقواعد العامة ، والذي زاده نص التقنين الجديد أنه نظم المواعيد التي يجوز استرداد الحيازة فيها^(١) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٤٩ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٨٤ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٥١ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٧٣^(٢) . ويعرض النص لأحد أسباب انقضاء الحق في الحبس ، وهو خروج العين من يد الحابس ، لتنظيمه تنظيمًا خاصاً . وإذا استعرضنا جميع أسباب الانقضاء ، أمكن تقسيمها إلى قسمين : انقضاء الحق في الحبس بطريق تبعي ، وانقضائه بطريق أصلي .

المبحث الأول

انقضاء الحق في الحبس بطريق تبعي

٦٨٠ - انقضاء الحق في الحبس بانقضاء الحق المضمون به : الحق في

الحبس إنما شرع لتأمين حق للحابس في ذمة مالك العين المحبوسة . فإذا انقضى حق الحابس في ذمة المالك ، انقضى الحق في الحبس تبعاً لذلك . وهذا هو الانقضاء

(١) والعبرة في تطبيق هذه المواعيد بالوقت الذي خرج فيه الشيء المحبوس من يد الحابس ، فإن كان ذلك قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالتقنين السابق هو الذي يطبق ، وإلا طبق التقنين الجديد بمواعيده المستحدثة .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٤٩ (مطابقة لنص التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٨٤ (مطابقة لنص التقنين المدني المصري) . وانظر في شرح النص الدكتور حسن علي الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة (١١٥) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٥١ (مطابقة لنص التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٧٣ : « إن حق الحبس يزول بزوال الإحراز لأنه مبني عليه . وإنما يحق للدائن إذا انتزع منه الشيء خفية أو بالعنف أن يطلب إعادة الحال إلى ما كانت عليه بشرط أن يقدم هذا الطلب في خلال ثلاثين يوماً تبتدىء من تاريخ علمه بذلك الانتزاع » . (وهذا النص مطابق في الحكم لنص التقنين المدني المصري فيما عدا ميعاد السنة الذي لم يرد في =

بطريق تبعية . مثل ذلك أن يستوفي الحابس المصروفات التي أنفقها على العين المحبوسة ، فلا يعود هناك محل لبقاء العين محبوسة في يده ، ويجب أن يردّها للمالك (١) .

وينقضي حق الحابس في ذمة المالك بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام . فقد ينقضي بالوفاء ، وهذا هو السبب الغالب المألوف . وينقضي أيضاً بما يقوم مقام الوفاء ، كالتجديد والمقاصة واتحاد الذمة . وينقضي أخيراً من غير وفاء أصلاً ، كما إذا أبرأ الحابس المالك أو سقط الحق من جراء استحالة تنفيذه لسبب أجنبي .

فاذا انقضى حق الحابس في ذمة المالك بالوفاء أو بغيره ، لم يزل الحق في الحبس إلا إذا انقضى الحق كله . أما إذا بقي جزء منه ، فإن العين تبقى محبوسة في هذا الباقي (٢) . وقد قدمنا أن الحق في الحبس غير قابل للتجزئة (٣) .

٦٨١ - عزم الانقضاء بالتقادم : ويلاحظ أن الحق الذي للحابس

في ذمة المالك ، ما دامت العين محبوسة في هذا الحق ، لا يتقادم ، إذ

= نص التقنين اللبناني ، ويذهب الدكتور صبحي الحمصاني إلى أن هذا الميعاد هو أيضاً موافق للمبدأ الوارد في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٤٨ من أنه لا تقبل الدعوى التصرفية إلا في خلال سنة تبتدىء من تاريخ وقوع التعرض لحق التصرف : أحكام الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٥٠ .

(١) وقد رأينا (انظر فقرة ٦٧٠ في الهامش) أن الحق في الحبس لا ينقضي بإيداع المبلغ المستحق للحابس خزانة المحكمة (استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٠) ، وأنه (انظر فقرة ٦٤٢ في الهامش) إذا كان المبلغ المستحق للحابس لم يتم تقديره جاز للمحكمة أن تأمر المدين بأن يودع خزانة المحكمة مبلغاً كافياً ، ويقوم الإيداع في هذه الحالة مقام الوفاء من حيث إنهاء الحق في الحبس (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢) . ومن ثم يجوز تقدير أتعاب الحارس القضائي مؤقتاً وإيداعها خزانة المحكمة ، فينقضي بذلك حق الحارس في حبس الأعيان ، وهذا ما لم تكن هذه الأعيان قد وضعت تحت الحراسة بإجراءات غير قانونية ، كما لو أدرجت أعيان موقوفة خطأ ضمن الأعيان الموضوعة تحت الحراسة ، فلا يكون للحارس القضائي حق حبس بالنسبة إلى الأعيان الموقوفة التي أدرجت خطأ (استئناف مختلط ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ١٣) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٤٤ وفقرة ٦٧٠ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٦٧٠ . وانظر في انقضاء الحق في الحبس بطريق تبعية الدكتور

صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ٢٢٧ - فقرة ٢٣٦ .

حبس العين فيه يمنع من تقادمه . والحق في الحبس نفسه لا يزول بالتقادم ، لأن الحبس حالة مادية مستمرة لا يتصور فيها التقادم . ومن ثم لا يمكن انقضاء الحق في الحبس بالتقادم ، لا بتقادمه هو ولا بتقادم الحق المضمون به^(١) .

المبحث الثاني

انقضاء الحق في الحبس بطريق أصلي

٦٨٢ — أسباب الانقضاء بطريق أصلي : وقد ينقضي الحق في الحبس وحده — دون الحق المضمون به — بطريق أصلي . ويتحقق ذلك في الأحوال الآتية :

(أولاً) تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس (م ٢٤٦ فقرة أولى مدني) .

(ثانياً) هلاك العين المحبوسة .

(ثالثاً) عدم قيام الحابس بالتزامه من المحافظة على العين المحبوسة .

(رابعاً) نزول الحابس عن حقه في الحبس ، وأكثر ما يكون ذلك بخروج العين من يد الحابس طوعاً وهذه هي الحالة التي عرضت لها المادة ٢٤٨ من التقنين المدني .

٦٨٣ — تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس : هذا السبب لانقضاء الحق في الحبس بطريق أصلي منصوص عليه صراحة في آخر الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ من التقنين المدني ، فقد جاء في هذا النص أن الحبس يكون جائزاً « ما دام الدائن (أى مالك العين) لم يقم بتقديم تأمين كاف

(١) ديرانتون ١٨ فقرة ٥٥٣ — جيلوار في حق الحبس فقرة ١٢٢ — بودري وتيسيه فقرة ٥٣٠ — بودري ودي لوان ١ فقرة ٢٥٠ — الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٢٤ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٧١ .

للوفاء بالتزامه هذا» . وذلك أن الغرض من الحق في الحبس هو تأمين الحابس على حقه في ذمة المالك ، فإذا استطاع المالك أن يقدم له تأميناً آخر كافياً - كفالة أو رهناً أو نحو ذلك^(١) - لم يعد هناك مقتضى للاستمرار في حبس العين . والقاضى هو الذى يبت فيما إذا كان التأمين الذى يقدمه المالك كافياً ، عند الخلاف فى ذلك^(٢) .

وقد وردت تطبيقات تشريعية لهذا السبب من الانقضاء . من ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٦٠٥ من التقنين المدنى ، فى صدد حق المستأجر فى حبس العين المؤجرة حتى يستوفى التعويض المستحق له عند بيع العين ، من أن المستأجر لا يجبر «على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر ، أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض» . ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٩٨٢ ، فى صدد جواز تقسيط ما يترتب فى ذمة المالك للحاثر بسبب المصروفات ، من أن للقاضى «أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة» . ومن ذلك أخيراً ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ ، فى صدد حق المشتري فى حبس الثمن ، من أنه «إذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري ، جاز له ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض

(١) والتقنين المدنى الألمانى (م ٢٧٣) يستبعد الكفالة ، ويستبعد (م ٣٢٠) فى الدفع بعدم تنفيذ العقد تقديم أى تأمين ولو كان تأميناً عينياً . ويذهب الدكتور صلاح الدين الناهى إلى أن سكوت المشرع المصرى عن جواز تقديم تأمين فى الدفع بعدم تنفيذ العقد وتصريحه بهذا الجواز فى الحق فى الحبس كان متعمداً ، فلا يجوز فى الأول ما يجوز فى الثانى . ذلك أن الدفع بعدم تنفيذ العقد يقوم على ارتباط سببى بين الالتزامين ، فكل من الطرفين لم يلتزم إلا للحصول على عين ما التزم به الطرف الآخر ، فلا يجوز إجباره على تنفيذ التزامه إلا إذا تحقق سببه بأن قام المتعاقد الآخر بالتنفيذ فعلاً ، على عكس الحال فى صور الحبس الأخرى حيث لا توجد علاقة سببية بين الالتزامين (الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٤٥ - سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٧١ - الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٢٠٠ هامش رقم ٢ - قارن بلانيول وريبير وأسبان ٦ فقرة ٤٤٥ ص ٦٠١ هامش رقم ٣) .

(٢) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٧٢ ص ٢٥٨ - الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٤ ص ٢٠٠ .

أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً .

على أن هناك حالة من حالات الحبس صرح المشرع استثناء بعدم جواز انقضاء الحق في الحبس فيها بتقديم تأمين يحل محل الحبس ، وهذه هي حالة حبس البائع للمبيع حتى يستوفي الثمن . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٥٩ من التقنين المدني على أنه « إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ، ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة ، هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع » . ففي هذه الحالة وحدها لا ينقضي الحق في الحبس بتقديم تأمين كاف ، وهذا استثناء من القاعدة العامة التي بسطناها ورد بصريح النص ، ويبرره أن البائع ليس في حاجة إلى تأمين فإن له حق امتياز على المبيع ، وإنما هو في حاجة إلى حبس المبيع بالذات للضغط على المشتري حتى يوفي له بالثمن ، كما سبق القول (١) .

٦٨٤ - هلاك العين المحبوسة : وإذا هلكت العين المحبوسة ، انقضى الحق في الحبس بداهة لانعدام المحل . والهلاك إما أن يكون بخطأ الحابس ، وفي هذه الحالة يكون مسئولاً عن التعويض ، وإما أن يكون لسبب أجنبي عن فعل الحابس ، وفي هذه الحالة تهلك العين على مالكها حتى لو كان الحابس ملتزماً بموجب عقد أن يسلمها للمالك . وقد طبقت المادة ٤٦٠ من التقنين المدني هذا الحكم ، فنصت على أنه « إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشتري ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع (٢) » .

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٤٧ .

(٢) وليس للدائن الحابس أن يطلب من المدين أن يستبدل بالشئ الذي هلك غيره ، كما يجوز ذلك للدائن المرتهن رهناً رسمياً أو رهن حيازة (انظر م ١٠٤٨ و ١١٠٢ مدني) . فالرهن في هذا يختلف عن الحبس . ذلك أن في الرهن قد التزم الراهن بتقديم ضمان تأميناً لدينه ، فإذا هلك الضمان الذي قدمه التزم بتقديم ضمان آخر ، وإلا جاز للدائن مطالبته بوفاء الدين فوراً . أما في الحبس فلم يتمهد مالك الشئ المحبوس بتقديم ضمان ، بل أنه وجد ماله محبوساً عنه دون إرادته وبقوة القانون ، فحسبه أن يتحمل هلاك هذا الشئ ولا محل لإلزامه بتقديم شئ آخر بدلا منه . هل أنه لا فائدة من إلزامه بذلك ، فإن جزاء الإخلال بهذا الالتزام لو تقرر لن يكون إلا حلول الدين المضمون بالحبس فوراً ، وهذا الدين حال بحكم قواعد الحبس كما سبق القول (الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٢٥) .

وإذا هلكت العين فاستحق عنها تعويض أو مبلغ تأمين ، ففي رأينا أن التعويض أو مبلغ التأمين يحل محل العين ، ويكون للدائن حبسه محل العين التي هلكت ، قياساً على حالة بيع العين إذا خيف عليها الهلاك أو التلف وحبس الثمن . وتكون هذه حالة من حالات الحلول العينية لم يرد فيها نص صريح ، وقد رأينا حالة مماثلة في بيع الثمرات التي يخشى عليها التلف وحبس ثمنها ^(١) . ومن الفقهاء من يذهب إلى أن الحلول العينية لا يكون إلا بنص ، ومن ثم لا يجوز للدائن أن يحبس التعويض أو مبلغ التأمين بدلا من العين التي هلكت ^(٢) .

(١) انظر في هذا المعنى بنكاز تكملة بودري ٣ فقرة ٣٦٩ ص ٧٥٦ — الدكتور منصور مصطفى منصور في رسالته في الحلول العينية فقرة ١٤٤ — فقرة ١٤٥ ص ١٨٠ — ص ١٨٤ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٧٢ ص ٢٥٩ — الأستاذ صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء ص ١٩٠ هامش رقم ٣ — الأستاذ حسن علي الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١١٥ — الأستاذ أنور سلطان في البيع فقرة ٢٠٢ . وقارن الموجز للمؤلف فقرة ٢٦٨ ص ٣٩٨ .

(٢) كما جاز له حبس الثمن في حالة بيع العين المحبوسة إذا خيف عليها الهلاك أو التلف بموجب المادة ٢٤٧ فقرة ثالثة مدني ، وكما جاز انتقال الرهن من الشيء المرهون إذا هلك أو تلف إلى التعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع الملكية بموجب المادتين ١٠٤٩ و ١١٠٢ مدني . انظر في هذا المعنى بيكار وبيسون في التأمينات البرية ٢ فقرة ١٨٧ ص ٤٣١ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٢٨٧ — دريدا في أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ٩٠ ص ٧١٠ — الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٥ — الأستاذ إسماعيل غانم في رسالته في نظرية الذمة فقرة ٥٠٥ ص ١٥٠ — ص ١٥٤ وفي دروسه في الحقوق العينية الأصلية ص ٥٢ — ص ٥٤ .

وفي رأينا أن الحلول العينية مبدأ عام ، وليست النصوص التشريعية إلا مجرد تطبيقات له ، فلا حاجة إلى نص خاص لكل حالة من حالاته . ويقوم المبدأ على فكرة التخصيص (affectation spéciale) ، فالعين المحبوسة قد خصصها القانون لضمان دين ، فالحل محلها من مقابل يتخصص هو أيضاً لهذا الضمان . وقد طبقت هذه الفكرة فعلاً في حالة بيع العين المحبوسة إذا خشى عليها الهلاك أو التلف ، وفي حالة هلاك الرهن أو تلفه ، وذلك بموجب نصوص تشريعية . وطبقناها ، دون نص ، في حالة بيع ثمرات العين المحبوسة إذا خشى عليها الهلاك أو التلف . ونطبقها الآن ، دون نص أيضاً ، في حالة هلاك العين المحبوسة أو تلفها وحلول التعويض أو مبلغ التأمين محلها . أما القول بأن الحق في الحبس يقوم على حيابة العين المحبوسة ذاتها ، فإنه لا يحول دون تطبيق هذا المبدأ ، وليس هناك ما يمنع من أن الحيابة تقع على ما يحل محل العين المحبوسة ، فيعتبر هذا بمثابة وقوع الحيابة على العين ذاتها . وإذا كان المشرع قد رأى حاجة إلى الحلول العينية لمجرد أن يخشى على العين المحبوسة من الهلاك أو التلف ، فأجاز =

أما بيع العين المحبوسة فيختلف في الحكم عن هلاكها . ذلك أن البيع إن اقتضته الضرورة لأن العين يخشى عليها الهلاك أو التلف ، فقد قدمنا أن الحق في الحبس لا ينقضى ، بل ينتقل من العين إلى الثمن . وإن أوقع البيع أحد الدائنين غير الدائن الحابس تنفيذاً على العين ، فإن رسو المزاد لا يقضى الحق في الحبس كما أسلفنا القول^(١) . أما إذا أوقع البيع الدائن الحابس نفسه تنفيذاً على العين ، فإن هذا يعتبر نزولاً منه عن حقه في الحبس ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٦٨٥ - انزول الحابس بالتزامه من المحافظة على العين : قدمنا أن

الحابس يلتزم بالمحافظة على العين ، وعليه أن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد . فإذا أخل بهذا الالتزام إخلالاً خطيراً ، جاز للمالك أن يطلب من القضاء إسقاط حقه في الحبس لتعسفه في استعمال هذا الحق . وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة^(٢) .

٦٨٦ - نزول الحابس عن حقه في الحبس - خروج العين طوعاً من يده .

وقد ينزل الحابس عن حقه في الحبس قبل أن يستوفي ما له في ذمة المالك ، فيزول هذا الحق بطريق أصلي . وأكثر ما يتحقق ذلك بأن يتخلى الحابس عن حيازة العين المحبوسة طوعاً^(٣) . فإذا خرجت الحيازة من يده على هذا الوجه زال حقه

= أن يحل الثمن محل العين في حق الحبس ، فأولى أن تكون الحاجة قائمة إلى الحلول العيني إذا هلكت العين فعلاً أو تلفت وحل محلها التعويض أو مبلغ التأمين .

(١) ولكن إذا كان الحق في الحبس متفرعاً عن رهن حيازة عقارى ، وكان الرهن مقيداً ، ثم بيع العقار المحبوس بيعاً جبرياً ، فإن الحق في الحبس ينقضى في هذه الحالة تبعاً لتطهير العقار بالبيع الجبرى ، وينتقل حق الرهن بمرتبه إلى ثمن العقار المنزوعة ملكيته (الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٧) .

(٢) بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٥٠ مكررة — الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات

فقرة ٤٢٥ ص ٦١٧ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه ليس للبائع الذى خرجت من تحت يده العين المباعة برضائه وتسليمها المشتري فعلاً أن يطلب بعد ذلك استردادها وحبسها تحت يده ، لأن البائع يعتبر قد نزل باختياره عن حق حبس العين بتسليمها للمشتري قبل أن يقوم بدفع الثمن (٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٧١ ص ٤٥٧ — انظر أيضاً : مصر الكلية الوطنية ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٠ ص ٤٧٠) .

في الحبس، ولا يستطيع أن يسترد حيازة العين بعد ذلك^(١). ويتحقق ذلك في صورة عملية بأن ينقذ الحابس على العين المحبوسة بحقه، فيتخذ إجراءات البيع الجبرى، ويجب عليه في هذه الحالة عند رسو المزاد على مشتر أن يسلمه العين، لأن في التنفيذ عليها من جانبه نزولاً ضمنيّاً منه عن حقه في الحبس^(٢)، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك.

وإذا كان خروج الشيء من يد الحابس طوعاً يستخلص منه نزول ضمنى عن حقه في الحبس، فإن خروج الشيء من يده خفية أو عنوة أو بالرغم من معارضته لا يمكن أن يفهم منه أنه نزل عن هذا الحق. فإذا اختلس المالك أو أجنبي العين من يد الحابس خفية، أو اغتصبها منه رغماً عنه، أو أخذها بالرغم من معارضته، فإن حقه في الحبس لا يزول بذلك^(٣). بل له أن يسترد حيازة

= على أن انقضاء الحبس بخروج العين المحبوسة طوعاً من يد الحابس إنما يرجع إلى أن الحق في الحبس يقوم على أساس حيازة الشيء المحبوس، فينقضى بانقضاء الحيازة طوعاً ولو لم تنصرف إرادة الحابس إلى النزول عن الحق في الحبس. ومن ثم ينقضى الحق في الحبس ولو كان الدائن عند التخلي قد أعلن صراحة أنه يريد نقل حقه في الحبس من الشيء إلى ثمنه (دريدا في أنسيكلوبيدى دالورز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ٨٥ ص ٧١٠ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٥ ص ١٨٥).

(١) ويعتبر مجرد خروج الشيء من يد حائزه أو محرزه قرينة على حصوله برضاه، إلى أن يثبت الحائز أو المحرز عكس ذلك (الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٥ — ص ٦١٦) وقضت محكمة النقض بأن التخلي الاختيارى المسقط لحق الحبس واقعة مادية لمحكمة الموضوع أن تمتثلصها من ظروف الدعوى وملابساتها ومن المستندات المقدمة إليها. فإذا كانت القرائن التي استند إليها الحكم من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها، فإن النعمى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدني ٩ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٤ ص ٨٦٥).

(٢) استئناف مخطوط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ — الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٦.

(٣) وقد قضى بأن نزع المال المحبوس من يد الحابس بناء على حكم قضائي لا يترتب عليه انقضاء الحبس، لاعتباره حاصلادون رضاه الحابس، ما لم يكن الحكم غير نافذ في حق الحابس، إذ يعتبر تسليم الحابس المال المحبوس في هذه الحالة دون التمسك بحق الحبس أو الاعتراض على الحكم بمثابة تسليم اختياري، ويترتب عليه انقضاء حق الحبس (استئناف مخطوط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ — الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٦ هامش رقم ٢).

العين ، بشرط أن يطلب ردها في أقصر الأجلين ، إما قبل انقضاء ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج العين من يده ^(١) ، وإما قبل انقضاء سنة من وقت خروج العين من يده ^(٢) .

واسترداد الحيازة على هذا النحو جائز ، حتى لو أن من اختلس الحيازة أو اغتصبها نقلها بعد ذلك إلى حائز حسن النية ، إذ أن الحيازة ولو بحسن نية لا تجب سرقة الضمان (vol de gage) ^(٣) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « ليس الحبس ، على وجه الإجمال ، إلا حيازة الشيء حيازة فعلية ، ولذلك كان طبيعياً أن ينقضى بفقد هذه الحيازة . ولكن ينبغى أن يكون هذا الفقد إرادياً . فاذا خرج الشيء من يد محتبسه خفية أو انتزع منه رغم معارضته ، ظل حقه في الحبس قائماً ، وكان له أن يسترده

(١) وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ مدنى، كما رأينا . وقد قيست هذه الحالة على حالة المؤجر عندما يسترد المنقولات التى نقلت دون رضائه من العين المؤجرة ، فإنه لا يستطيع استردادها إلا في خلال ثلاثين يوماً من وقت نقلها . وقد نصت المادة ٦٠٢ من تقنين المرافعات ، في هذا الصدد ، على أن « المؤجر العقار أن يوقع في مواجهة المستأجر أو المستأجر من الباطن الحجز التحفظى على المنقولات والثمرات والمحصولات الموجودة بالعين المؤجرة ، وذلك ضماناً لحق الامتياز المقرر في القانون المدنى . ويجوز له ذلك أيضاً إذا كانت تلك المنقولات والثمرات والمحصولات قد نقلت بدون رضائه من العين المؤجرة ، ما لم يكن قد مضى على نقلها ثلاثون يوماً » . غير أنه يلاحظ أن مدة الثلاثين يوماً لا تسرى ، في حالة الحبس ، إلا من يوم علم الحابس بخروج الشيء من يده ، أما في حالة المؤجر فتسرى المدة من وقت خروج المنقولات من العين المؤجرة .

(٢) وهنا أيضاً يختلف ميعاد السنة عن هذا الميعاد نفسه في دعوى استرداد الحيازة (action en réintégrande) ، ففي هذه الدعوى يبدأ سريان السنة من وقت أن يعلم الحائز بفقده للحيازة (م ٩٥٨ مدنى) . كذلك يختلف استرداد الحابس للحيازة عن استرداد المؤجر للمنقولات التى خرجت من العين المؤجرة دون رضاه . فاسترداد المؤجر لهذه المنقولات يعتبر من قبيل استعمال حق التبعية المتفرع عن حق الامتياز العيى ، ولا يتقيد المؤجر بالميعاد القانونى إذا لم يترتب على المنقولات حق للغير . أما استرداد الحابس للحيازة فالغرض منه ليس إمكان الاحتجاج بحق الحبس على الغير ، بل مجرد الحيلولة دون انقضاء هذا الحق ذاته ، ويجب أن يتقيد الحابس بالميعاد القانونى ولو لم يترتب على العين حق للغير (الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٧ ص ٦٠٥ — ص ٦٠٧ — قارن بيدان وفوران فقرة ٢٨٢) .

(٣) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى في التأمينات فقرة ١٧٢ ص ٢٥٨ — قارن بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٥١ ص ٢٤٣ .

ولو من يد حائز حسن النية ، باعتبار أن الأمر ينطوى على سرقة ضمان . على أن حق الاسترداد هذا ، وإن كان جزاء يكفل حماية الحق في الحبس ، إلا أن من واجب المحتبس أن يستعمله في خلال ثلاثين يوماً من وقت علمه بخروج الشيء من يده (قارن حق المستأجر في استرداد المنقولات التي تخرج من حيازته في خلال ثلاثين يوماً) ^(١) .

ويجب أن يسترد الحابس الحيازة القديمة التي فقدتها حتى يعود إليه الحق في الحبس ، أما إذا رجعت له حيازة العين بسبب جديد ، فإن حقه الأول في الحبس يكون قد زال ، وتولد له حق جديد بالسبب الجديد ليس هو الحق الأول ^(٢) .

ويلاحظ أنه إذا خرجت الحيازة من يد الحابس ولو خفية أو عنوة ، فإن الحق في الحبس يزول مؤقتاً ما دام الحائز لم يسترد فعلاً الحيازة على النحو الذي أوضحناه . فإذا استرد الحيازة في الميعاد ، عاد إليه الحق في الحبس . وإن انقضى الميعاد دون أن يستردها ، زال نهائياً حقه في الحبس . ومن ذلك نرى الفرق واضحاً بين الحق في الحبس والحق العيني ، فالحق العيني ينطوى دائماً على حق تتبع ، ولا يزول بانتقال العين إلى الغير .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٦ — وقد سبق أن قررنا (انظر آنفاً فقرة ٦٧٩ في الهامش في تاريخ المادة ٢٤٨ مدني) أن مدة السنة إنما أضيفت إلى المشروع التمهيدى في لجنة المراجعة .

(٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٤ — بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٥٠ مكررة ١ — فلو أن شخصاً اشترى سيارة بثمن حال وتسلمها قبل أن يسدد الثمن ، فإن بائع السيارة يكون قد نزل بذلك عن حقه في حبس السيارة . فإذا أعاد المشتري السيارة إلى البائع لإصلاحها في «ورشته» ودفع له مصروفات الإصلاح ، لم يجوز للبائع حبس السيارة في الثمن الذي لم يدفع ، لأن حيازة البائع إنما عادت إلى البائع بسبب جديد ، هو إصلاح السيارة . ولو عادت السيارة إلى حيازة البائع لا بسبب جديد بل بالسبب الأول — بأن كان البائع مثلاً سلم السيارة إلى المشتري مؤقتاً لتجربتها على أن يرجعها إلى البائع بعد التجربة فأرجعها المشتري — فإن البائع يعود له بعودة السيارة الحق في حبسها حتى يستوفي الثمن (بيدان وفوران فقرة ٢٨٣ — الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٥ هامش رقم ٢ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٥ ص ١٨٦) . ولو أن شخصاً عهد إلى صاحب «جراج» بإصلاح سيارة ، واستعادها مؤقتاً قبل أن يدفع أجرة الإصلاح ثم أرجعها إلى صاحب «الجراج» لاستكمال إصلاحها ، لعاد الحق في الحبس إلى صاحب «الجراج» حتى يستوفي أجره ، لأن السيارة عادت إلى حيازته بنفس السبب القديم (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٥ ص ١٨٦) .

الفصل الخامس

الاعسار*

(La déconfiture)

نمهيده

الاعسار المدنى والافلاس التجارى

الاعسار فى التقنين المدنى السابق وفى التقنين المدنى الجديد

٦٨٧ — مفومات الافلاس التجارى : عند ما يتوقف التاجر

عن دفع دين مستحق عليه ، يجوز شهر إفلاسه . وشهر الإفلاس أعنف طريق
ينفذ به الدائن على أموال مدينه ، ولذلك اختص به التجار ، لما للائتمان فى
المعاملات التجارية من أهمية خاصة ، ولأن التاجر دائنوه فى العادة كثيرون
ومتفرقون ، فمن المصلحة أن يتحدوا فى جماعة (union) وأن يجرؤا تصفية أموال
مدينهم التاجر تصفية جماعية تحقق المساواة الفعلية ما بين الدائنين .

ومن ثم كان تنظيم الإفلاس التجارى يقوم على أسس ثلاثة :

* مراجع : ألين (Allain) فى الإعسار — جارو (Garraud) فى الإعسار — قالت
(Valette) فى الآثار الرئيسية للإعسار — بيدان (Budin) فى الإفلاس المدنى — ترونسون
(Tronçon) مد نظام الإفلاس إلى غير تجار — ديبان (Dupin) مسألة الإفلاس المدنى
رسالة من جرينوبل سنة ١٩٠٠ — توسان (Toussaint) فى مسألة الإفلاس المدنى رسالة من
أكس سنة ١٩٢٤ — محسن شفيق فى النظم المختلفة فى الإفلاس المدنى رسالة بالفرنسية من باريس
سنة ١٩٣٧ — ليمايسىيه (Lemanissier) رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ — مارسيل ديبون
(Marcel Dupont) فى أنسيكلويدى دالوز لفظ (Déconfiture) .

محسن شفيق فى القانون التجارى المصرى الجزء الثانى فى الإفلاس سنة ١٩٥١ — عبد الحى
حجازى ٣ ص ٢٢٢ — ص ٢٣٠ — إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٩ — فقرة
١٥٣ — حسن على الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٩٨ —
فقرة ١١٠ .

(الأساس الأول) ألا ينفرد أحد الدائنين دون الباقي بالاستئثار بمال المدين، إلا إذا كان له على هذا المال حق خاص - رهن أو امتياز أو حبس أو نحو ذلك - يميزه فيه عن سائر الدائنين . فيتحقق إذن تحققاً فعلياً في الإفلاس أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته ، لا فرق في ذلك بين دائن ودائن .

(الأساس الثاني) أن تغل يد المدين عن التصرف في أمواله . فنجد أن يشهر إفلاس التاجر لا يملك إن يتصرف في ماله ، ويبقى كذلك إلى أن تنتهي التفليسة بالتصفية أو بالصلح . بل إن التاجر المفلس تقيد تصرفاته حتى قبل شهر الإفلاس ، ففي فترة الريبة (période suspecte) - من اليوم الذي تحدده المحكمة ميعاداً لتوقفه عن الدفع وعشرة أيام قبله - تكون بعض تصرفاته باطلة وبعضها قابلاً للإبطال ، على الوجه المعروف في القانون التجاري .

(الأساس الثالث) أن تصفى أمواله تصفية جماعية . والتصفية الجماعية هي المميز الجوهرى للإفلاس التجارى . ومعناها أولاً أن ترفع يد المدين عن أمواله (desaisissement) ، فتنقل حيازة هذه الأموال وحراستها إلى سنديك (syndic) يمثل كلا من الدائنين والمدين . ومعناها ثانياً ألا يباشر أى دائن إجراء فردياً للتنفيذ (poursuite individuelle) على أموال المدين ، بل تكون الإجراءات التى تتخذ للتصفية والتنفيذ إجراءات جماعية (poursuite collective) يتخذها السنديك باسم جميع الدائنين ، الذين يندمجون فى اتحاد (masse, union) تخلع عليه الشخصية المعنوية . ومن ثم تتحقق المساواة الفعلية التامة بين جميع الدائنين ، فتصفى أموال مدينهم وتباع لحسابهم جميعاً ، ثم يتقاسمون الثمن فيما بينهم قسمة الغرماء ، كل يأخذ نصيباً بقدر ما له من دين ، هذا ما لم تنته التفليسة بالصلح (concordat) بين الدائنين ومدينهم ، طبقاً للقواعد ووفقاً للإجراءات المرسومة فى القانون التجارى .

٦٨٨ - مقارنة بين الإفلاس التجارى والوسائل المدنية التى تقدم

ذكرها: الآن وقد ذكرنا مقومات الإفلاس التجارى، نقارن بينه وبين الوسائل المدنية التى تكفل حقوق الدائنين ، من وسائل تمهد للتنفيذ على أموال المدين ووسائل ضمان . وهذه الوسائل المدنية هى التى ذكرناها من قبل : الدعوى غير

المباشرة ، والدعوى البولصية ، والدعوى الصورية ، والحق في الحبس (١) .

لا تشترك هذه الوسائل الأربع مع الإفلاس التجارى فى مقوماته الثلاثة ، إلا فى واحد منها فقط هو الأول : عدم انفراد أحد الدائنين دون الباقي بالاستئثار بمال المدين . أما المقومان الآخرا - غل يد المدين عن التصرف والتصفية الجماعية - فيتميز بهما الإفلاس التجارى عن هذه الوسائل الأربع ، ولا تشترك فيها معه .

فالدعوى غير المباشرة يوجه الدائن فيها همه إلى مال للمدين يستخلصه من الضياع من جراء سوء نية هذا المدين أو إهماله ، تمهيداً للتنفيذ على هذا المال . والدائن لا ينفرد دون باقى الدائنين بالاستئثار بالمال ، بل يشاركه فيه سائر الدائنين مشاركة الغرماء كما قدمنا . وفى هذا تتفق الدعوى غير المباشرة مع الإفلاس التجارى . وتختلف عنه أولاً فى أن المدين ، على النقيض من التاجر المفلس ، لا تغل يده عن التصرف فى هذا المال ، بل يستطيع أن يتصرف فيه حتى فى أثناء قيام الدعوى غير المباشرة ، وليس للدائن من سبيل إلا الطعن فى هذا التصرف بالدعوى البولصية ، وقد تقدم بيان ذلك . وتختلف عنه ثانياً فى أن التنفيذ على المال الذى استخلصه الدائن عن طريق الدعوى غير المباشرة يكون باجراءات فردية ، فالدائن الذى رفع الدعوى غير المباشرة لا بد فى التنفيذ من أن يتخذ إجراءات فردية للحجز ، ولكل دائن آخر أن يتخذ مثل هذه الإجراءات أو أن يشترك فى الإجراءات التى سبق اتخاذها . فيجب على كل حال أن يتخذ الدائن الذى يريد التنفيذ على المال إجراءات فردية باسمه خاصة ، بل إن الدائن الذى سبق الآخرين فى التنفيذ يستوفى حقه من هذا المال قبلهم ما داموا لم يدركوا التوزيع النهائى . وهذا بخلاف الإفلاس التجارى ، فالتصفية فيه كما قدمنا تصفية جماعية يتولاها السنديك باسم جميع الدائنين ، ولا يستطيع أحد منهم أن يتخذ إجراءات فردية يسبق بها الآخرين .

والدعوى البولصية يوجه الدائن فيها همه إلى مال للمدين سبق لهذا أن تصرف فيه لإضراراً بحقوق الدائنين ، وذلك حتى يجعل هذا التصرف غير سار فى حق

(١) والغالب أن هذه الوسائل الأربع ، كإفلاس التجارى ، يواجه بها الدائنون مديناً معسراً ، فيحاولون بقدر الإمكان أن يستخلصوا منه أكبر قسط من حقوقهم عنده .

الدائنين ، تمهيداً للتنفيذ على المال الذى سبق التصرف فيه . والدائن فى التقنين المدنى الجديد ، لا ينفرد دون باقى الدائنين بالاستئثار بهذا المال ، بل يشاركه فيه سائر الدائنين مشاركة الغرماء . وفى هذا تتفق الدعوى البولصية مع الإفلاس التجارى ^(١) . وتختلف عنه أولاً فى أن المدين لم تغل يده عن التصرف فى المال منذ البداية ، بل هو قد تصرف فيه فعلاً وكان لا بد من الطعن فى هذا التصرف بالدعوى البولصية بعد توافر شروط معينة ، أما التاجر المفلس فتغل يده عن التصرف فى ماله منذ شهر إفلاسه ولا حاجة لتوافر أى شرط آخر غير شهر الإفلاس . وتختلف عنه ثانياً فى أن التنفيذ على المال الذى تصرف فيه المدين فى الدعوى البولصية يكون التنفيذ عليه من جهة الدائنين باجراءات فردية على النحو الذى تقدم فى الدعوى غير المباشرة ، لا باجراءات جماعية يقوم بها ممثل لاتحاد الدائنين كما هو الأمر فى الإفلاس التجارى .

ودعوى الصورية يوجه الدائن فيها همه إلى مال للمدين يستبقيه ، بعد أن تصرف فيه المدين تصرفاً صورياً ، فيكشف الدائن عن صورية التصرف تمهيداً للتنفيذ على هذا المال . والدائن لا ينفرد دون باقى الدائنين بالاستئثار بهذا المال ، بل يشاركه فيه سائر الدائنين مشاركة الغرماء . وفى هذا تتفق دعوى الصورية مع الإفلاس التجارى . وتختلف عنه أولاً فى أن المدين لا تغل يده عن التصرف فى المال تصرفاً جدياً ، بعد أن تصرف فيه تصرفاً صورياً ، فيجوز له بعد أن كشفت دعوى الصورية عن صورية تصرفه الأول ، بل وقبل أن تكشف وحتى قبل رفع الدعوى ، أن يتصرف فى المال مرة أخرى تصرفاً جدياً قبل أن يتمكن الدائنون من التنفيذ عليه ، ولا سبيل للدائنين فى هذه الحالة إلا الطعن فى هذا التصرف الجدى بالدعوى البولصية . وتختلف عنه ثانياً فى أن التنفيذ على المال الذى كشف الدائن عن صورية التصرف فيه يكون باجراءات فردية على النحو الذى تقدم فى الدعوى غير المباشرة وفى الدعوى البولصية ، لا باجراءات جماعية يقوم بها السنديك ممثلاً لاتحاد الدائنين كما هو الأمر فى الإفلاس التجارى . والحق فى الحبس يوجه الدائن فيه همه إلى مال للمدين محبوس تحت يده ،

(١) وقد كانت هذه الدعوى ، حتى فى هذه الحصيصة الأولى ، لا تتفق مع الإفلاس فى عهد التقنين المدنى السابق ، إذ كان الدائن بمقتضى أحكام هذا التقنين يستأثر بالتنفيذ على هذا المال دون غيره من الدائنين .

فيستبقيه محبوساً حتى يستوفى حقه . والدائن لا ينفرد دون باقي الدائنين بالاستئثار بهذا المال ، فهو إذا نفذ عليه وبيع في المزاد العلني شاركه في ثمنه سائر الدائنين مشاركة الغرماء ، وقد تقدم بيان ذلك . وفي هذا يتفق الحق في الحبس مع الإفلاس التجارى . ويختلف عنه أولاً في أن المدين ، على النقيض من التاجر المفلس ، لا تغل يده عن التصرف في المال المحبوس ، بل يستطيع أن يتصرف فيه وينفذ تصرفه في حق الدائنين ، بل وفي حق الدائن الحابس نفسه إذا سبق التصرف الحبس على النحو الذى بسطناه فيما تقدم . ويختلف عنه ثانياً في أن التنفيذ على المال المحبوس يكون باجراءات فردية كما في الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية ، لا باجراءات جماعية ، كما في الإفلاس التجارى .

٦٨٩ - الإفلاس التجارى والإعسار المدنى : وإذا كانت الوسائل المدنية الأربع التى تقدم ذكرها تقصر عن الإفلاس التجارى في مقومين من مقوماته الثلاثة ، ولا تشترك معه إلا في المقوم الأول كما رأينا ، فإن الإعسار المدنى (déconfiture) كما نظمته التقنين المدنى الجديد يتقدم خطوة على هذه الوسائل الأربع ، ويشترك مع الإفلاس التجارى (faillite) في مقومين من مقوماته الثلاثة ، ويقصر عنه في المقوم الثالث وحده .

يتفق الإعسار المدنى مع الإفلاس التجارى في أن أحد الدائنين لا ينفرد دون الباقي في الاستئثار بمال المدين . ويتفق معه أيضاً - وفي هذا يتميز الإعسار المدنى عن الوسائل المدنية الأربعة التى سبق ذكرها - في أن يد المدين تغل عن التصرف في أمواله منذ شهر الإعسار ، كما تغل يد المدين التاجر عن التصرفات في أمواله منذ شهر الإفلاس .

ولكن يختلف الإعسار المدنى عن الإفلاس التجارى في المقوم الثالث - وهو المقوم الجوهري كما قدمنا - فلا يوجد في الإعسار المدنى تصفية جماعية يقوم بها السنديك ممثلاً لاتحاد الدائنين كما هو الأمر في الإفلاس التجارى ، بل يبقى أمر التنفيذ على أموال المدين كما هو في الوسائل المدنية الأربع موكولاً إلى إجراءات فردية يقوم بها كل دائن باسمه خاصة (١) .

(١) انظر في الفروق ما بين الإفلاس والإعسار في القانون الفرنسى أنيكلوبيدى دالوز ٢

لفظ Déconfiture فقرة ٣٣ - فقرة ٣٨ .

ومن ثم يوضع الإعسار المدنى إلى جانب الوسائل المدنية الأربع - الدعاوى الثلاث والحق فى الحبس - وسيلة من وسائل التنفيذ على أموال المدين . وهو لا يتميز عنها فى المقوم الجوهرى للإفلاس التجارى ، فهو مثلها ليست فيه تصفية جماعية ولا محل فيه إلا لإجراءات فردية ، وإن كان يفوقها جميعاً فى أنه يغل يد المدين عن التصرف فى أمواله على النحو الذى سنبسطه فيما يلى :

٦٩٠ - الإعسار فى التقنين الفرنسى السابق : لم ينظم التقنين المدنى السابق الإعسار ، وهذا بخلاف الإفلاس فقد نظمه التقنين التجارى تنظيماً دقيقاً مفصلاً . وقد يقال إن الإعسار ليس فى حاجة إلى التنظيم الذى لا بد منه فى الإفلاس ، لأن التجارة تقوم على الائتمان فلا بد فيها من ضمانات قوية يطمئن إليها الدائنون ، وعلى رأس هذه الضمانات تنظيم إفلاس التاجر تنظيماً يحفظ على الدائنين حقوقهم ويكفل المساواة فيما بينهم ، وليست هذه الاعتبارات قائمة فى المعاملات المدنية بالقوة التى تقوم بها فى التعامل التجارى . ولكن المدين المعسر ، حتى فى المعاملات المدنية ، فى أشد الحاجة إلى تنظيم إعساره حماية له وللدائنين على السواء . وتزداد الحاجة إلى تنظيم الإعسار المدنى ، منذ يرتب القانون على هذا الإعسار نتائج هامة (١) .

وقد سار التقنين المدنى السابق فى عدم تنظيمه للإعسار على نهج التقنين المدنى الفرنسى ، وأطلق يد المدين المعسر فى التصرف ، ولم يقيد من هذا الإطلاق إلا بقدر ما تسمح به الدعوى البولصية ، ولم يواجه المدين المعسر إلا عن طريق الدعاوى الثلاث المعروفة ، وهى وحدها لا تكفى فى تنظيم الإعسار . واستفاضت

(١) وقد كان التقنين المدنى السابق يرتب على الإعسار إسقاط الأجل (م ١٥٦/١٠٢) ، وانتهاء عقد الشركة (م ٥٤٢/٤٤٥) ، وجوب استبدال كفيل موثر بكفيل معسر إذا تعهد المدين تعهداً مطلقاً بتقديم كفيل (م ٦١٠/٥٠٠) ، وجواز مطالبة الكفيل المدين المعسر بالدين قبل حلول أجله (م ٦١٤/٥٠٣) . هذا إلى أن إعسار المدين كان مشروطاً فى الدعوى غير المباشرة (م ٢٠٢/١٤١) ، وفى الدعوى البولصية (٢٠٤/١٤٣) ، وإن لم تصرح النصوص بذلك .

وانظر فى النتائج التى تترتب على الإعسار فى القانون المدنى الفرنسى بلانيول وريبير وردوان ٧
فقرة ٨١٤ - دى باج ٣ فقرة ١٦٩ - أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ déconfiture فقرة ٩ -
فقرة ٣٢ .

الشكوى من هذه الحالة في فرنسا (١) وفي مصر (٢).

٩٦١ — تنظيم الإعسار في التشريعات الحديثة : أما موقف

التشريعات الحديثة من تنظيم الإعسار فيختلف اختلافاً بينا عن موقف التقنين المدني الفرنسي . فبعض هذه التشريعات — كما في ألمانيا وإنجلترا وهولندا والسويد والنرويج والدنمارك — لا تميز بين الإفلاس التجاري والإعسار المدني ، فتجعل المدين المعسر ، التاجر وغير التاجر ، خاضعاً لنظام واحد هو نظام الإفلاس التجاري . ومن ثم عرفت هذه التشريعات الإفلاس المدني (faillite civile) ، بل عرفت الإفلاس دون وصف نظاماً موحداً ، فالإفلاس عندها يتناول كلا من الإفلاس التجاري (faillite) والإعسار المدني (déconfiture) (٣). وعيب

(١) وقد حاولت بعض المحاكم في فرنسا أن تنظم الإعسار عن طريق تعيين حارس قضائي على أموال المدين يديرها ويصفها كما يفعل السنديك ، ثم عن طريق جعل الدعوى البولصية تفيد جميع الدائنين السابقين على التصرف المطعون فيه واللاحقين له ، ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت على هذه المحاولات لأنها لا تتفق مع التشريع القائم الذي لم يكن لها بد من تطبيقه مهما بدا فيه من وجوه النقص (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٧ — الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٢٠) .

وسار المشرع الفرنسي في طريق تنظيم الإعسار خطوات محدودة . في مناسبة إفلاس شركة بناما المعروفة صدر قانون في أول يولييه سنة ١٨٩٣ يجعل الشركات المدنية ذات الشكل التجاري خاضعة لنظام الإفلاس التجاري . ثم صدر قانون في أول أغسطس سنة ١٨٩٣ باعتبار شركات التوصية وشركات المساهمة التي تنشأ في شكل تجاري شركات تجارية ، فتخضع للقوانين والعادات التجارية مهما كان موضوع الشركة ، ثم أضاف قانون ٢٧ مارس سنة ١٩٢٥ إلى هذه الشركات الشركات ذات المسؤولية المحدودة . وصدر قانون في ٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ يقضى باعتبار استغلال المناجم من قبيل الأعمال التجارية لتطبيق نظام الإفلاس . انظر في هذه المسألة : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٩ — دي باج ٣ فقرة ١٦٦ — فقرة ١٦٩ — بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٤٨٥ — كولان وكاييتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٢٢ — الأستاذ محسن شفيق في النظم المختلفة في الإفلاس المدني ص ١٣٧ — ص ٢٢٩ — وكتابه في الإفلاس فقرة ٢٣ .

(٢) انظر الأستاذ محسن شفيق في النظم المختلفة في الإفلاس المدني ص ٢٧٢ — ص ٢٧٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧١١ — الموجز للمؤلف فقرة ٢١٢ — الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت في نظرية الالتزام فقرة ٦٢٠ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٩ .

(٣) انظر التشريع الألماني الصادر في سنة ١٨٧٧ ، والتشريع الإنجليزي الصادر في =

هذا النظام أنه يأخذ المدين المعسر بما يأخذ به التاجر المفلس من إجراءات لها ما يبررها في التعامل التجارى ولكنها في المعاملات المدنية تعتبر قاسية في غير ضرورة .

وفي سويسرا نظم الإفلاس التجارى ، وترك الإعسار المدني دون تنظيم موكولا إلى إجراءات الحجز المعتادة . ولكن بعض طوائف المدينين المعسرين أخضعت لنظام الإفلاس التجارى على سبيل الإجبار ، وجعل للآخرين أن يختاروا هذا النظام فمن يشاء منهم ذلك يقيد اسمه في سجل خاص (١) . وعيب هذا النظام أنه لا يزال يترك الإعسار المدني دون تنظيم ، ويقتصر على نقل بعض المدينين المعسرين إلى نظام الإفلاس التجارى ولا يتلاءم هذا النظام في بعض إجراءاته مع ملائسات الإعسار المدني .

ولعل النظام الأسباني هو خير هذه النظم جميعاً ، فهو ينظم الاعسار المدني تنظيمًا مستقلاً عن تنظيم الإفلاس التجارى ، ويسير في كل نظام وفقاً لمقتضياته . فالتاجر المفلس غير المزارع المعسر . الأول يتقيد باعتبارات جوهرية في الاثمان التجارى تدعو إلى تنظيم إفلاسه تنظيمًا دقيقاً يكفل الطمأنينة لدائنيه ويقر المساواة فيما بينهم ، فتصنف أمواله تصفية جماعية يقوم بها سنديك باسم جميع الدائنين . أما المزارع المعسر فليس في حاجة إلى كل ذلك ، بل إن إقحام نظام الإفلاس التجارى في شأنه ، وما ينطوى عليه من رفع يده عن أمواله وتعيين سنديك يتسلمها ويصفىها تصفية جماعية ، من شأنه أن يربك أعماله في غير ضرورة . وبحسب الإعسار المدني أن ينظم تنظيمًا يكون من شأنه غل يد المدين عن التصرف ،

= سنة ١٨٨٣ ، والتشريع الهولندى الصادر في سنة ١٨٩٣ . وانظر في الإفلاس كنظار موحد للتجار وغير التجار في التشريعين الألماني والإنجليزى رسالة الأستاذ محسن شفيق في النظم المختلفة في الإفلاس المدني ص ٥٣ — ص ١٢٣ .

(١) أصدر المشرع السويسرى قانوناً اتحادياً (fédéral) للتنفيذ من أجل الديون والإفلاس في سنة ١٨٨٩ . فرسم طريقين للتنفيذ ، أحدهما طريق الإفلاس والآخر طريق الحجز . فإذا كان المدين مقيداً في السجل التجارى وجب اتباع طريق الإفلاس ، وإلا فطريق الحجز . وقسم السجل التجارى إلى قسمين : قسم حرفى وهو خاص بالقيود الإجبارية أى القيود المتعلقة بالتجار والمؤسسات التى تتخذ الشكل التجارى ولا يعنى من هذا القيد إلا صغار التجار ، وقسم حرفى ب وهو خاص بالقيود الاختيارية إذ أجاز المشرع لغير التجار إجراء القيد في السجل (الأستاذ محسن شفيق في النظم المختلفة في الإفلاس المدني ص ٢٣٣ — ص ٢٦٧) .

فهذا هو القدر الضروري لحماية الدائنين ، دون أن ترفع يده عن ماله ودون أن تتخذ إجراءات جماعية كثيرة النفقة شديدة التعقيد ، إن تطلبتها مقتضيات الائتمان التجارى فليست ملائسات الائتمان المدنى فى حاجة إليها (١) . على أن النظام الإيسبانى لا يفرق كثيراً بين تنظيم الإفلاس التجارى وتنظيم الإعسار المدنى من ناحية التصفية الجماعية (٢) . وهذا ما توقاه التقنين المدنى المصرى الجديد ، فقد جعل تنظيم الإعسار المدنى يختلف اختلافاً واضحاً عن تنظيم الإفلاس التجارى ، واقتصر فى الإعسار المدنى على الإجراءات الفردية كما سنرى (٣) .

(١) انظر فى انتقاد توحيد نظام الإفلاس التجارى والإعسار المدنى وبيان عدم صلاحية ذلك فى مصر إلى الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ٢٤ ، وينتهى إلى ما يأتى : « هذه هى الأسباب التى تدعونا إلى نبذ نظرية الإفلاس المدنى على الأخص فى بلاد زراعية كصر ، حيث لا سبيل إلى تنشيط الائتمان الزراعى إلا بإنشاء بنوك التسليف والممل على تيسير الحصول على القروض منها . غير أن هذا لا يعنى أننا نعضد القائلين بترك نظام الإعسار بغير تنظيم ، فن غير المرغوب فيه حقاً أن يظل المدين على الرغم من إعساره قادراً على التصرف فى أمواله والبحث بحقوق دائنيه ، أو أن يبقى حصول الدائنين على حقوقهم ثمرة التسابق والتزاحم بينهم . غير أننا لا نرى أن سبيل الإصلاح يكون بتطبيق نظام الإفلاس برمته على غير التجار ، وإنما يجب التمييز والتدقيق فى أحكام هذا النظام والاستعانة بما يلائم منها المعاملات المدنية ، بمعنى أنه يجب وضع نظامين للتنفيذ على أموال المدين الذى يعجز عن أداء ديونه ، أحدهما نظام الإفلاس ويقتصر تطبيقه على التجار ويكون محله القانون التجارى ، والآخر نظام الإعسار ويتبع فى شأن غير التجار ويكون موضعه القانون المدنى . وقد سارت بعض التشريعات على هذا الوضع ، وفى مقدمتها التشريع الإيسبانى حيث يوجد نظام للإفلاس (quiebra) وآخر للإعسار (concurso) ، ولئن كان صحيحاً أن الشبه بين النظامين كبير فإنهما غير متماثلين . واتبع المشرع المصرى فى القانون المدنى الجديد هذا النهج ، فوضع نظاماً شاملاً لحالة الإعسار ، واستعان فى شأنه ببعض أحكام الإفلاس فى حدود متزنة ومعقولة » (الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس ص ٥٠) .

(٢) ويجوز فى هذا النظام أن يقرر الدائنون ، بأغلبية الثلثين ، وقف الإجراءات أو الخط من الديون . فإذا لم تتوافر هذه الأغلبية كان المدين فى حالة إعسار ، فترفع يده عن ماله ، وتوقف إجراءات التنفيذ الفردية (أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ Déconfiture فقرة ٨) .

(٣) انظر فى تنظيم الإعسار المدنى على أسس تختلف عن الأسس التى يقوم عليها تنظيم الإفلاس التجارى الأستاذ محسن شفيق فى النظم المختلفة فى الإفلاس التجارى ص ٢٧١ - ص ٣١٥ . وقد كانت هذه الصفحات بوجه خاص تحت نظر لجنة تنقيح التقنين المدنى عندما وضعت النصوص الخاصة بتنظيم الإعسار المدنى فى التقنين الجديد . وانظر أيضاً بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٦ - فقرة ٨١٩ .

٦٩٢ — تنظيم الإعسار في التقنين المدني الجديد — الإعسار

الفصل والإعسار القانوني : على أن المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد كان يتضمن نصوصاً تنشئ نظاماً استثنائياً لتصفية جماعية في الإعسار المدني . ولما عرضت هذه النصوص للاستفتاء ، مال الرأي العام القانوني في مصر إلى عدم الأخذ بهذا النظام الاستثنائي ، فحذفت النصوص المتعلقة به في لجنة المراجعة (١) .

واستبقيت النصوص التي تنظم الإعسار المدني دون تصفية جماعية تنظماً يتلاءم مع مقتضيات المعاملات المدنية . ولما كانت هذه النصوص تنظم الإعسار

(١) وكانت هذه النصوص في المشروع التمهيدى هي المواد من ٣٥٤ إلى ٣٨٤ من هذا المشروع . وتتلخص الأسس التي كان يقوم عليها النظام الاستثنائي للتصفية الجماعية — كما قرر المشروع التمهيدى — فيما يأتي :

(أ) يجوز للمحكمة ، عند الحكم بشهر الإعسار أو في أي وقت بعد صدور هذا الحكم ، أن تعين عند الاقتضاء بناء على طلب أحد الدائنين أو بناء على طلب المدين نفسه ، حارساً مصفياً يوفى الدائنين حقوقهم ، أما ببيع أموال المدين وأما بتسوية ودية مع الدائنين . وتندب المحكمة قاضياً للإشراف على أعمال التصفية .

(ب) يترتب على تعيين الحارس المصنى أن يتخلى المدين عن إدارة أمواله ، وأن تصبح أمواله محجوزة حجزاً تحفظياً . فلا يجوز اتخاذ أي إجراء إلا بواسطة الحارس المصنى أو في مواجته . (ج) يعد الحارس المصنى بياناً عن حالة المدين يعرضه على الدائنين في اجتماع يدعوهم إليه . ثم يأخذ في هذا الاجتماع وفيما يليه من اجتماعات في تحقيق الديون وفقاً للإجراءات التي تتبع في تحقيق الديون في حالة الإفلاس .

(د) عند الانتهاء من فحص الديون ينظر الدائنون فيما يكون قد عرضه المدين من مقترحات لتسوية ديونه تسوية ودية . ولا تتم التسوية الودية إلا إذا أقرتها الأغلبية المطلقة للدائنين وكانت هذه الأغلبية تملك ثلاثة أرباع الديون التي فحصت واعتمدت . وتصدق المحكمة على التسوية .

(هـ) إذا لم يتفق على تسوية ما ، اتخذ الحارس المصنى الإجراءات لبيع أموال المدين المعسر بالمراد العلني وفقاً للأوضاع المقررة في تقنين المرافعات ، ما لم ترخص المحكمة للحارس المصنى في أن يبيع كل أموال المدين أو بعضها بطريق الممارسة وبشروط معينة .

(و) يودع الحارس المصنى المبالغ الناتجة من بيع أموال المدين خزانة المحكمة . ويتولى القاضي المنتدب توزيع هذه المبالغ وفقاً للقواعد المقررة في تقنين المرافعات لقسمة المال قسمة غراماً وقسمة ترتيب .

(ز) متى تمت التصفية الجماعية بغير طريق التسوية الودية ، يعود للدائنين حقهم في اتخاذ إجراءات فردية على ما يستجد من مال للمدين . ويجوز في هذه الحالة تعيين حارس مصف من جديد إذا كان المستجد من المال قدراً كافياً يعبر ذلك .

(انظر مشروع تنقيح القانون المدني — المذكرة الإيضاحية جزء ٢ ص ٣٨١ — ٣٩٨) .

عن طريق شهره بموجب حكم قضائي ، فان التقنين المدني الجديد يكون قد أنشأ حالة قانونية منظمة للإعسار ، وانقلبت هذه الحالة - كما تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى^(١) - « من مجرد أمر واقع يكتنفه التجهيل ، إلى نظام قانونى واضح المعالم بين الحدود »^(٢) فأصبح التقنين المدني الجديد يميز بين

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٢ .

(٢) وقد أوردت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى دفاعاً مسجلاً عن نظام الإعسار الذى قرره التقنين الجديد ، وبينت أن هذا النظام يخدم مصالح الجميع ، مصالح المدين ومصالح الدائنين . وما جاء فى هذا الصدد : « ومتى أشهر الإعسار كان مركز المدين فى تصفية ديونه أفضل بلا شك من مركزه وفقاً لأحكام التشريع الحالى (السابق) ، ذلك أن هذا الإشهار لا يستتبع حتماً حلول الديون المؤجلة ، فللقاضى أن يبق على الأجل وأن يمد فيه ، بل وللقاضى ما هو أفضل : فله أن ينظر المدين إلى ميسرة بالنسبة إلى الديون المستحقة الأداء ، وبهذا تتاح له تصفية ديونه ودياً فى أكثر الظروف ملاءمة . كما أن المشروع أباح له كذلك أن يتصرف فى ماله ولو بغير رضا هؤلاء الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل ، وأن يودع الثمن خزينة المحكمة للوفاء بحقوقهم ، وقد بسط له المشروع فى أسباب الحماية ولاسيما ما كان منها إنسانى الصبغة . فخوله حق الحصول على نفقة تقتطع من إيراده إذا كان هذا الإيراد محجوزاً . أما الدائنون فيكفل لهم نظام الإعسار قسطاً من الحماية لايدانيه ما كفل لهم منها بمقتضى الأحكام الراهنة . فليس لهم أن يشفقوا فى ظل هذا النظام من تقدم أحدهم على الباقين بغير حق ، ذلك أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى إشهار الإعسار يكون من أثره عدم نفاذ أى اختصاص يقع بعد ذلك على عقارات المدين فى حق الدائنين السابقة ديونهم على هذا التسجيل . ومتى أشهر إعسار المدين أصبح من أهون الأمور على الدائنين أن يأمنوا جانبه فيما يصدر عنه من تصرفات الضارة أو المدخولة ، وأصبح أعمال أحكام الدعوى البولصية فريداً فى بساطته . فكل تصرف قانونى يصدر من المدين المعسر ، ويكون من ورائه انتقاص حقوقه أو زيادة التزاماته ، وكل وفاء يقع منه ، لاينفذ فى حق الدائنين ، دون حاجة إلى تحميلهم عبء إقامة الدليل على الغش ، وهو عبء فى أغلب الأحيان غير يسير . ولتميز حماية الدائنين من تصرفات المدين الضارة أو المدخولة ، قرر المشروع توقيع عقوبة التبديد على المدين إذا ارتكب أعمالاً من أعمال الغش البين إضراراً بدائنيه . وعلى هذا النحو كفل المشروع بنظام الإعسار حماية وافية للدائنين من المدين ، وجعل من المساواة الواجبة بينهم حقيقة واقعة . وقد ذهب البعض إلى أن نظام الإعسار ، وإن توافرت له المزايا التى تقدمت الإشارة إليها ، فليس يخلو أعماله من عيب قد يرجع هذه المزايا جميعاً . فإذا فرض فى رأيهم أن أغلب الملاك ينوعون بأعباء الدين ، فمن الخطر أن تتخذ إجراءات لإشهار إعسار هؤلاء الملاك ، لأن هذه الإجراءات تفضى من طريق العلانية القضائية إلى الكشف عن مراكز أو أحوال ينبغى أن يكتم أمرها عن الملاك لاعتبارات مادية وأدبية . ولكن لوصح أن يستهان بما يعرض للذهن فى مثل هذه الظروف من وجوب رعاية ما يقتضى التعامل من شرف وخلق ، أفلا يبقى بعد ذلك أمر التساؤل عما إذا كانت هذه المراكز المضطربة تظل فى الواقع خافية غير معلومة ؟ الحق أنه ليس أيسر من كشف الحقيقة والبصر بها فى هذا الشأن ، فأن لم يتح ذلك من طرق استفاضة الشهرة ، فثمة =

نوعين من الإعسار : الإعسار الفعلي (insolvabilité) والإعسار القانوني (déconfiture) . ويختلف الإعسار الفعلي عن الإعسار القانوني من وجوه عدة .

فالإعسار الفعلي حالة واقعية (état de fait) تنشأ عن زيادة ديون المدين — سواء كانت مستحقة الأداء أو غير مستحقة ما دامت محققة الوجود — على حقوقه . أما الإعسار القانوني فحالة قانونية (état de droit) تنشأ من زيادة ديون المدين المستحقة الأداء على حقوقه ، ولا بد من شهرها بموجب حكم قضائي يجعل المدين في حالة إعسار (état de déconfiture) .

والآثار التي يترتبها القانون على الإعسار القانوني قد لا يترتبها على الإعسار الفعلي . فسرى أن سقوط الأجل (م ٢٥٥ فقرة أولى وم ٢٧٣ مدني) ، ومنع المدين من التصرف في ماله (م ٢٥٧ مدني) ، وتعريضه لعقوبة التبديد في حالتين معينتين (م ٢٦٠ مدني) ، وجواز إعطائه نفقة من إيراداته المحجوزة (م ٢٥٩ مدني) ، وعدم جواز الاحتجاج بحقوق الاختصاص فيما بين الدائنين (م ٢٥٦ فقرة ٢ مدني) ، إنما يترتب ذلك كله على الإعسار القانوني ، لا على مجرد الإعسار الفعلي . أما انتهاء الشركة بإعسار أحد الشركاء (م ٥٢٨ فقرة أولى مدني) ، وجواز إنهاء العارية إذا أعسر المستعير بعد انعقادها أو كان معسراً قبل ذلك دون علم من المعير (م ٦٤٤ حرف ح مدني) ، وتقديم كفيل موسر (أي غير معسر) إذا التزم المدين بتقديم كفيل (م ٧٧٤ مدني) ، وسقوط حق الدائن في الرجوع على الكفيل إذا أعسر المدين ولم يتخذ الدائن الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقوقه (قياساً على وجوب تقدمه في تفليسه المدين إذا أفلس : م ٧٨٦ مدني) ، كل ذلك يترتب على الإعسار القانوني دون حاجة إلى أن يكون الإعسار قانونياً . كذلك في الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية استبقى التقنين المدني الجديد الإعسار على ما كان عليه في التقنين المدني السابق ، إعساراً فعلياً لا إعساراً قانونياً ، مسaireً في ذلك تقاليد هاتين الدعويتين . وينهض لتوجيه هذا الرأي أن التقنين المدني الجديد حدد على وجه الدقة المقصود بالإعسار في الدعوى البولصية ، فنص في المادة ٢٣٩ على أنه « إذا ادعى الدائن

إعسار المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها . فالمرجع هنا اعتبر المدين معسراً بمجرد ألا يكفي ماله للوفاء بجميع ديونه ، المستحقة وغير المستحقة ، بينما هو في الإعسار القانوني لا يعتبر المدين معسراً إلا إذا كان ماله لا يكفي للوفاء بديونه المستحقة وحدها دون ديونه غير المستحقة . فالإعسار القانوني ، كما نرى ، حالة أشد امعاناً في الاستغراق بالدين من الإعسار الفعلي ، والتقنين المدني الجديد صريح في أنه يكتفى في الدعوى البولصية — وتبعاً لذلك في الدعوى غير المباشرة — بالإعسار الفعلي دون الإعسار القانوني^(١) .

وقد ينتهي الإعسار القانوني قبل أن ينتهي الإعسار الفعلي . ذلك أن الإعسار القانوني ينتهي بموجب حكم إذا وفي المدين المعسر ديونه الحالة ، وينتهي حتماً بقوة القانون إذا انقضت خمس سنوات على شهر الإعسار . فيتبين من ذلك أن الإعسار القانوني قد ينتهي ، ومع ذلك تبقى ديون المدين أكثر من حقوقه فيكون معسراً فعلاً ، وهكذا قد يتناوب المدين إعسار فعلي ينتقل منه إلى إعسار قانوني ليعود بعد ذلك إلى إعسار فعلي . وسيتأتى بيان ذلك تفصيلاً فيما يلي .

وننتقل الآن ، بعد هذا التمهيد ؛ إلى بسط أحكام تنظيم الإعسار المدني في التقنين المدني الجديد ، أى إلى الكلام في حالة الإعسار القانوني . فنبحث : (أولاً) شهر حالة الإعسار (ثانياً) الآثار التي تترتب على حالة الإعسار (ثالثاً) انتهاء حالة الإعسار .

ونقصد فيما يلي ، إذا أطلقنا لفظ « الإعسار » ، الإعسار القانوني ، أى الإعسار كحالة قانونية منظمة ، فاذا أردنا الإعسار الفعلي صرحنا بذلك^(٢) .

(١) انظر عكس ذلك الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٥٣ ص ٧٧ — ص ٧٨ — وفي رأينا أن التقنين المدني الجديد إذا أطلق لفظ « الإعسار » فلا يتخصص اللفظ للإعسار القانوني ، بل ينصرف إلى محض الإعسار أى الإعسار الفعلي (انظر المواد ٢٣٥ فقرة ٢ و ٢٣٧ و ٥٢٨ فقرة أولى و ٦٤٤ حرف ح) . أما إذا قصد بلفظ « الإعسار » الإعسار القانوني ، قرن اللفظ بما يدل على هذا المعنى إشعاراً بأهمية ما يترتب من النتائج على ذلك ، فيقول مثلاً : « يسقط حق المدين في الأجل : إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون ... » (م ٢٧٣ — وانظر أيضاً المواد ٢٥٥ فقرة أولى و ٢٥٦ فقرة ٢ و ٢٥٧ و ٢٥٩ و ٢٦٠) .

(٢) وشبيه بتنظيم حالة الإعسار (م ٢٤٩ — ٢٦٤ مدني) تنظيم تصفية الشركة (م ٨٧٦ — ٩١٣ مدني) — ففي الحالتين لا يجوز التصرف في أموال المدين المعسر ولا في أعيان الشركة ، =

الفرع الاول

شهر حالة الاعسار

٦٩٣ - دعوى شهر الاعسار : لابد لثبوت حالة الاعسار ، من دعوى ترفع بذلك ، وحكم يصدر بشهر الإعسار . فوجب إذن أن نبحث أمرين : (١) طرفى دعوى الإعسار (٢) إجراءات هذه الدعوى .

المبحث الأول

طرفا دعوى الاعسار

٦٩٤ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٤٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء » .

وتنص المادة ٢٥٠ على ما يأتى :

« يكون شهر الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين ، بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه . وتنظر الدعوى على وجه السرعة » .

وتنص المادة ٢٥١ على ما يأتى :

« على المحكمة فى كل حال قبل أن تشهر إعسار المدين أن تراعى فى تقديرها جميع الظروف التى أحاطت به ، سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة .

= ولا يحتاج على الدائنين بأى اختصاص يقع بعد تسجيل حكم الإعسار أو بعد موت المدين ، ويعاقب المدين المعسر بمقوبة التبديد فى بعض الحالات كما يعاقب بمقوبة التبديد كل من استولى غشاً على شيء من مال التركة ولو كان وارثاً ، ويجوز تقدير نفقة يتقاضاها المدين المعسر من إيراداته المحبوزة أو يتقاضاها من كان المورث يعولهم من ورثته . ولكن إجراءات تصفية التركة لإجراءات جماعية ، بخلاف إجراءات تصفية مال المعسر فهى كما رأينا لإجراءات فردية .

فتنظر إلى موارده المستقبلية ، ومقدرته الشخصية ، ومسئوليته عن الأسباب التي أدت إلى إعساره ، ومصالح دائنيه المشروعة ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المالية » (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولم يكن هذا التقنين ينظم الإعسار المدني كما سبق القول .

وليس في التقنينات المدنية العربية الأخرى ما نظم الإعسار المدني إلا التقنينان السوري والعراقي . أما التقنين اللبناني فقد ترك الإعسار المدني دون تنظيم كما فعل التقنين المدني الفرنسي . وكذلك شأن التقنين الليبي ، فقد أغفل تنظيم الإعسار . وتقابل النصوص السالفة الذكر في التقنين المدني السوري المواد من ٢٥٠

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٤٩ : ورد هذا النص في المادة ٣٣٤ من المشروع التمهيدى ، عن طريق الخبرة ، على الوجهين الآتين : «يجوز أن يشهر إعسار كل مدين غير تاجر ، تزيد ديونه على أمواله ، متى توقف عن وفاء ديونه المستحقة الأداء» أو «يجوز أن يشهر إعسار كل مدين غير تاجر إذا كانت أمواله لا تكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء» . وفي لجنة المراجعة أشار أحد الأعضاء إلى أن نظام الإعسار لا يتفق مع الحالة الاقتصادية في مصر ، إذ هو يسيء إلى مركز المدينين وهم أغلبية دون أن ينطوى على منفعة حقيقية لهم . فأجيب على ذلك بأن وضع هذا النظام أريد به تقرير الأمر الواقع ، فالمدين الذى ينزع ملكه تتخذ قبله إجراءات علنية ، وليس في شهر الإعسار ما يمس سمعة المدين بأكثر من ذلك . ثم إن النظام الذى وضعه المشروع يعود على المدين بمزايا حقيقية ، ويسر له أمر الوفاء بديونه . ونوه أحد الأعضاء بأن نظام الإعسار يكون أولى بالقبول لو تضمن مزايا مماثلة للمزايا التى يحصل عليها المدين التاجر من طرق الصلح الواقع من الإفلاس ، كإبراء المدين من جزء من الديون إذا وافقت على ذلك أغلبية من الدائنين ، أو إبرائه من الديون أيا كان مقدارها متى ترك للدائنين كل ما يملك من مال . فوافقت اللجنة على استبقاء نظام الإعسار في المشروع مع إحالة الاقتراح الخاص بإبراء المدين إلى لجنة فرعية (ولم يظهر لعمل هذه اللجنة أية نتيجة - والظاهر أن لجنة المراجعة اكتفت بما تضمنه المشروع من جوار مد آجال الديون ومن جواز منح آجال للديون الحالة) . ثم فاضلت لجنة المراجعة بين النصين المعروضين ، فاختارت النص الآتى : «يجوز أن يشهر إعسار المدين غير التاجر إذا كانت أمواله لا تكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء» ، وأصبح رقم المادة ٢٦١ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ أعيد الاعتراض على نظام الإعسار ، وقيل إن هذا النظام جديد ، وهو نظام خطر من الناحية الموضوعية وقد انتقده الكثيرون . ورد على هذا الاعتراض بأن نظام الإعسار يكفل للمدين والدائن مزايا عدة لا تكفى في توفيرها الأحكام الجزئية التى وردت في بيان تحييد فكرة الحذف ، ولا تعادلها الاعتبارات =

إلى ٢٥٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٧٠ و ٢٧١ فقرة أولى (١) .

ومن هذه النصوص يتبين أن المدعى عليه في دعوى الإعسار هو المدين المعسر دائماً، أما المدعى فيكون في الغالب أحد دائنيه وقد يكون هو المدين نفسه .

== المتصلة بعدد الدعاوى، وهي بالنسبة إلى المدين المعسر كثيرة وإجراءات شهر الإعسار قد تفضى على التقيض إلى الإقلال منها . ولم تر اللجنة الأخذ بالاعتراض ، وأقرت نظام الإعسار في مجموعه، أما من حيث النص المعروض فحذفت كلمتي « غير التاجر » لأن قانون التجارة تكفل بالإجراءات التي تتخذ بالنسبة إلى التاجر ، ولإفساح المجال لبحث فكرة وضع نصوص في القانون التجاري تجيز للمدين التاجر الاستفادة من أحكام الإعسار بما فيها من يسر . ووافقت اللجنة على المادة معدلة على الوجه الآتي : « يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء » ، تحت رقم ٢٤٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٢ — ص ٦٦٥) .

م ٢٥٠ : ورد هذا النص في المادة ٣٣٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « يكون إشهار الإعسار بحكم تصدره المحكمة التي يتبعها موطن المدين ، بناء على طلب المدين نفسه أو بناء على طلب دائنيه » . وفي لجنة المراجعة رأى أن تنظر دعوى الإعسار على وجه السرعة ، فعُدل النص على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، تحت رقم ٢٦٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٦) .

م ٢٥١ : ورد هذا النص في المادة ٣٣٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٦٣ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٧ — ص ٦٦٨) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٥٠ — ٢٥٢ (مطابقة لنصوص التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٧٠ : المدين المفلس الذي يكون دينه المستحق الأداء أزيد من ماله ، إذا خاف غрмаؤه ضياع ماله أو خافوا أن يخفيه أو أن يجعله باسم غيره ، وكان خوفهم مبنياً على أسباب معقولة ، وراجعوا المحكمة في حجبه عن التصرف في ماله أو في إقراره بدين لآخر ، حجرت المحكمة .

م ٢٧١ فقرة أولى : يكون الحجر بحكم تصدره محكمة البداية بناء على طلب أحد الدائنين . (وتحديد الإعسار المدني في التقنين العراقي كتعديده في التقنين المصري : عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة الأداء . والمحكمة سلطة تقديرية تستخلص من عبارة « وكان خوفهم مبنياً على أسباب معقولة » . والدائن ، دون المدين ، في التقنين العراقي ، طلب الحجر على المدين ، أما في التقنين المصري فيجوز أيضاً للمدين أن يطلب شهر إعسار نفسه . ومع ذلك قارن الدكتور حسن على الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٠١ ص ١٠٠ حيث يذهب إلى جواز أن يطلب المدين طلب الحجر على نفسه في القانون المدني العراقي) .

٦٩٥ - المدعى عليه هو المدين المعسر : من الطبيعي أن يكون المدعى عليه في دعوى الإعسار هو المدين المعسر . وهنا يجب تحديد ما هو المقصود بلفظ « المعسر » فقد قدمنا أن الإعسار القانوني ليس ضرورة هو الإعسار الفعلي .

فالإعسار الفعلي هو كما قدمنا زيادة ديون المدين على حقوقه (١) ، سواء كانت ديونه مستحقة الأداء أو غير مستحقة الأداء ، ما دامت ديوناً محققة الوجود . فلا يدخل في الحساب الديون المتنازع فيها إلى أن تخلو من النزاع ، ولا الديون المعلقة على شرط واقف إلى أن يتحقق الشرط . أما الديون المؤجلة ، والديون المعلقة على شرط فاسخ ، والديون غير المقدرة ، فإنها تحسب جميعاً . ولكن يجب تقدير الديون غير المقدرة ، للإستيثاق مما إذا كان مال المدين يكفي للوفاء بها هي والديون المقدرة . وإذا تحقق الشرط الفاسخ ، فسقط الدين المعلق على هذا الشرط ، استنزل من مجموع الديون ، وقد ينقلب المدين باستنزال هذا الدين موسراً بعد أن كان معسراً .

هذا هو تحديد الإعسار الفعلي . أما الإعسار القانوني فقد توخى له التقنين المدني تحديداً آخر جعله أقل وقوعاً من الإعسار الفعلي . ونبادر إلى القول - قبل تحديد الإعسار القانوني - أن الإفلاس التجاري هو أيضاً شيء آخر غير الإعسار الفعلي وغير الإعسار القانوني . فالإفلاس التجاري يجوز شهره بمجرد أن يتوقف المدين التاجر عن الوفاء بدين عليه في الميعاد المحدد . ولا ينظر في الإفلاس التجاري إلى ما إذا كان المدين معسراً بالفعل أو غير معسر ، فقد يكون موسراً وتكون له أموال تربي على ديونه أضعافاً مضاعفة ، ولكن إذا كانت هذه الأموال لا يستطيع المدين أن يسدد منها الدين المطلوب ، بأن تكون هي الأخرى ديوناً في ذمة مديني المدين لم تدفع لعدم حلول أجلها أو لتوقف المدينين عن الدفع ، أو تكون عقارات أو منقولات يتعذر بيعها لوفاء الدين من ثمنها ، أو تقصر هذه الأموال عن الوفاء بالدين لأي سبب آخر ، فانه يجوز شهر إفلاس المدين ، مهما بلغ من اليسار ، ما دام قد توقف عن دفع دين عليه مستحق الأداء . وهذا هو الذي توجبه مقتضيات التعامل التجاري ، فهو تعامل يقوم على الثقة والائتمان فلا بد

(١) أو كما يقال عادة زيادة المصوم (passif) على الأصول (actif) .

من أن يني التاجر بدينه في المعيار المحدد للوفاء ، فان دأته قد ائتمنه واطمان إلى التعامل معه ، ويغلب أن يكون هذا الآخر مديناً اعتمد في الوفاء بدينه على أن مدينه سيفيه حقه ، فتى توقف مدينه عن الدفع توقف هو أيضاً عن الدفع لدأته ، وقد يتوقف هذا الدائن هو أيضاً عن الدفع لدأته ، وهكذا دواليك ، فيجر توقف مدين إلى توقف سلسلة من مدينين غيره اعتمد بعضهم على بعض . ومن ذلك نرى ما لتوقف المدين التاجر عن الوفاء بدينه من نتائج خطيرة ، ومن ثم كان جزاء هذا التوقف جواز شهر الإفلاس (٢) .

وليس كذلك الإعسار القانونى . فان مجرد توقف المدين عن الدفع ليس بالدليل على إعساره ، ولا يجر هذا التوقف عادة في المعاملات المدنية كل النتائج الخطيرة التى رأيناها في التعامل التجارى . ومن ثم لم ير المشرع في التقنين المدنى الجديد أن يقف عند هذه القرينة لاعتبار المدين معسراً . ولم يقف حتى عند الإعسار الفعلى ، بأن يكون مال المدين لا يكتفى للوفاء بجميع ديونه . بل هو لم يرض أن يجمع بين الأمرين : الإعسار الفعلى والتوقف عن الدفع . وقد كان هذا الطريق أحد طريقين لتحديد الإعسار القانونى فى المشروع التمهيدى للتقنين الجديد . فلم تختار لجنة المراجعة هذا الطريق (٢) ، واختارت الطريق الآخر الذى استقر فى التقنين الجديد ، وهو أكثر رفقا بالمدين . فلا يكتفى ، حتى يجوز شهر إعسار المدين ، أن تكون أمواله غير كافية للوفاء بجميع ديونه ، ولا يكتفى أن يتوقف عن دفع دين مستحق الأداء ، بل يجب أن يكون أشد إعساراً من كل ذلك ، فتكون أمواله غير كافية للوفاء بديونه المستحقة الأداء وحدها (٣) . فلو أن أمواله كانت كافية للوفاء بالديون المستحقة الأداء ، لم يجوز شهر إعساره ، حتى لو كانت

(١) وكذلك قد يكون المدين التاجر معسراً إعساراً فعلياً أو قانونياً ، ولكنه مادام يدفع ديونه الحالة عند طلبها ولا يتوقف عن الدفع ، فلا يجوز شهر إفلاسه (الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ١٤٤ ص ١٧٩ — ص ١٨٠) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٩٤ فى الهامش فى تاريخ المادة ٢٤٩ — وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٣ — ٦٦٤ .

(٣) أو كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « لا يشترط مجرد نقص حقوق المدين عن ديونه ، بل يشترط أيضاً أن تكون هذه الحقوق أقل من الديون المستحقة الأداء ، أى أقل من جزء معين من مجموع الديون » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٢) .

هذه الأموال غير كافية للوفاء بجميع الديون الحالية والمؤجلة^(١)، وحتى لو توقف عن دفع دين حال .

ونرى من ذلك أن الإعسار القانوني أضيق من الإعسار الفعلي ، وأن المعسر إعساراً فعلياً لا يكون بالضرورة معسراً إعساراً قانونياً ، وإن كان المعسر إعساراً قانونياً لا بد أن يكون معسراً إعساراً فعلياً . فلو كانت أموال المدين تقدر بعشرة آلاف ، وكانت ديونه الحالية ثمانية آلاف ، وديونه المؤجلة أربعة آلاف ، فهذا المدين معسر إعساراً فعلياً لأن مجموع ديونه الحالية والمؤجلة يربى على مجموع أمواله ، وهو غير معسر إعساراً قانونياً لأن ديونه الحالية لا تزيد على ما عنده من مال . ولو كانت الديون الحالية اثني عشر ألفاً بدلاً من ثمانية آلاف ، لكان المدين معسراً أيضاً إعساراً قانونياً ، لأن ديونه الحالية أصبحت تربي على أمواله .

على أن الإعسار القانوني ، على ضيقه ، أوسع من الإفلاس التجاري ، فقد رأينا أن مجرد توقف المدين التاجر عن دفع دينه الحال يجيز شهر إفلاسه ، ولو كان هذا المدين غير معسر ، لا إعساراً قانونياً ولا إعساراً فعلياً^(٢).

٦٩٦ - عبء إثبات الإعسار : ويقع عبء إثبات إعسار المدين على من يطلب شهر إعساره ، ويكون غالباً أحد دائنيه كما سيأتي . ويمكن إثبات الإعسار - أي عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة الأداء - بجميع الطرق لأن الإعسار واقعة مادية . ويجوز الانتفاع بالقرينة القانونية الواردة في المادة ٢٣٩ مدني ، على أن تكون قرينة قضائية . فقد رأينا المادة ٢٣٩ تنص على أنه « إذا ادعى الدائن إعسار المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له ما لا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها » . فإذا أثبت الدائن ديناً مستحق الأداء في ذمة المدين ، كان للقاضي أن

(١) ولا يقال إن الديون المؤجلة تحل بالإعسار ، فإن الدين المؤجل لا يحل إلا بشهر الإعسار ، أي بالإعسار القانوني دون الإعسار الفعلي ، كما سنرى .

(٢) ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يخضع المدين التاجر - في غير معاملاته التجارية - لنظام الإعسار المدني (القانوني) في دين مدني لدائن تاجر (كشحن مقروشات يشتريها التاجر من تاجر آخر لاستعماله الخاص) أو لدائن غير تاجر (كأجرة المنزل الذي يسكنه التاجر) . أنظر في هذا المعنى : الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ١٤٩ ص ١٩٤ - ص ١٩٧ .

يستخلص من ذلك قرينة قضائية على أن هذا المدين معسر ، وهى قرينة تقبل لإثبات العكس ككل القرائن القضائية ، فيجوز للمدين دحضها إذا هو أثبت أن عنده مالا يكفى للوفاء بهذا الدين المستحق الأداء (١) .

٦٩٧ — سلطة المحكمة التقديرية في شهر الإعسار : وحتى بعد إثبات

أن أموال المدين غير كافية للوفاء بديونه المستحقة الأداء على النحو الذى قدمناه ، فليس من الضروري أن تقضى المحكمة بشهر إعساره ، بل إن لها سلطة تقديرية واسعة فى ذلك .

فعلى المحكمة — كما تقول المادة ٢٥١ مدنى — فى كل حال ، قبل أن تشهر إعسار المدين ، أن تراعى فى تقديرها جميع الظروف التى أحاطت به ، سواء أ كانت هذه الظروف عامة أم خاصة . فتنظر إلى موارده المستقبلية ، ومقدرته الشخصية ، ومستوليته عن الأسباب التى أدت إلى إعساره ، ومصالح دائنيه المشروعة ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى حالته المالية .

فالظروف التى تراعيها المحكمة إذن فى تقديرها هى الظروف العامة التى أعسر فيها المدين ، وكذلك الظروف الخاصة بشخصه ، فالظروف العامة مثلها أزمة اقتصادية طاحنة سببت إعسار كثير من الناس ، أو حرب نشبت ، أو ثورة اندلعت ، أو فيضان استثنائى ، أو آفة زراعية انتشرت ، أو نحو ذلك من الظروف التى تعم جميع الناس ولا تخص المدين وحده .

(١) الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ٢٨ — وقد قضى بأن توقف المدين عن دفع أحد ديونه المستحقة قرينة على إعساره ، فيتعين على المدين ، إذا أراد تلافى الحكم بشهر إعساره ، أن يثبت أنه رغم توقفه عن الدفع فإن لديه ما يكفى لسداد ديونه المستحقة (الاسكندرية الكلية الوطنية ٦ أبريل سنة ١٩٥٠ مجلة التشريع والقضاء ٢ رقم ١٢ ص ٢١١) . وقضت محكمة النقض — فى عهد التقنين المدنى السابق حيث لم يكن يوجد نص يقابل المادة ٢٤٩ — بأن الإعسار هو حالة قانونية تستفاد من أن أموال الشخص ليست كافية للوفاء بديونه المستحقة عليه . وهو بهذا المعنى لا يقوم على نفي مطلق يتعذر إثباته ، بل يقوم على أمر واقع له علاماته التى تشهد عليه . على أن المقرر فى الإثبات أنه إذا كانت الواقعة المدعاة سلبية وكانت منضبطة النفي ، كان على مدعيها إثبات خلافها متى أمكنه تحويلها إلى قضية موجبة . فإذا لم يكن ذلك ممكناً ، أو كانت الواقعة غير منضبطة النفي ، فإن مدعيها يعتبر عاجزاً عن إثبات دعواه (نقض مدنى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣ ص ٨٠) .

والظروف الخاصة بالمدين يجب أيضاً أن تراعيها المحكمة (١) في تقديرها لشهر الإعسار أو الامتناع عن شهره . وهذه الظروف الخاصة إما أن ترجع إلى الماضي ، كمسؤوليته عن الأسباب التي أدت إلى إعساره ، وهل كان حسن النية عاثر الحظ ، أو كان مبذراً متلافاً . وإما أن ترجع الظروف الخاصة إلى الحاضر ، مثل ذلك مصالح دائليه المشروعة فقد تستوجب شهر إعساره ، ومثل ذلك أيضاً رعونة المدين أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه . وإما أن ترجع الظروف الخاصة إلى المستقبل ، مثل ذلك موارد المدين المستقبلية ، فقد ينتظر لأعماله الرواج بعد فوات أزمة عارضة ، ومثل ذلك أيضاً مقدرته الشخصية فقد يكون طبيباً ماهراً أو مهندساً حاذقاً فيمكن الاعتماد على عمله في المستقبل وتفادى شهر إعساره في الحال (٢) .

وغنى عن البيان أن المحكمة ، وهي تقدر هذه الظروف العامة والخاصة ، قد تلمس فيها ما يشفع للمدين ، ويقيه شهر الإعسار ، فيقوم ذلك إلى حد كبير مقام الصلح الواقى (concordat préventif) في المعاملات التجارية (٣) .

٦٩٨ - المدعى في دعوى الإعسار - أهم - الرأىين : أما المدعى

في دعوى شهر الإعسار فيكون غالباً أحد دائئى المدين المعسر . وللدائن في ذلك

= هذا وإذا كان المدين هو الذى طلب شهر إعسار نفسه - كما سيأتى - بإقراره بالإعسار حجة عليه ، إلا إذا ثبت للقاضى أنه قصد بالإقرار التحايل .

(١) وهذا بخلاف الحكم نظرية الظروف الطارئة ، حيث تنص المادة ١٤٧ فقرة ٢ على ضرورة أن تطرأ حوادث استثنائية عامة تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين .

(٢) الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٥٠ ص ٢١٠ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « ... للقاضى سلطة رحمة الحدود ، تتيح له تقدير جميع ظروف المدين ، وأخذه بالشدة أو اصطناع الرفق في معاملته ، وفقاً لأحواله العامة والخاصة . وقد يكون في الأحوال العامة ما ينهض لمصلحة المدين ، كما لو عرضت له عمرة موقوتة في خلال أزمة اقتصادية شاملة . ويراعى من ناحية أخرى أن لأحوال المدين الخاصة النصيب الأوفى في توجيه الحكم على مركزه ، فن ذلك مثلاً كفايته الشخصية (وهى التى يتوقف عليها إلى حد بعيد تقدير ما يرجى له من فرص التوفيق في مستقبله) ، وسنه ، وحرفته ، ومركزه الاجتماعى ، ومصالح دائليه المشروعة ، ومدى مسؤوليته عن إعساره ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المادية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٢ - ص ٦٦٣) .

(٣) الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٤٧ .

مصالح شتى . فقد يخشى ، بعد أن يتقن من إعسار المدين ، أن يستبد بالمدين اليأس فيبادر إلى تبديد ماله ، أو إخفائه ، أو التصرف فيه للإضرار بحقوق دائنيه (١) . فيسهل على الدائن ، بعد أن يشهر إعسار المدين ، أن يلغى جميع هذه التصرفات . بل انه ليعرض المدين إلى عقوبة جنائية ، هي عقوبة التبديد ، إذا شهر إعساره وأقدم المدين مع ذلك على إخفاء بعض أمواله ، أو اصطنع ديوناً صورية أو مبالغاً فيها بقصد الإضرار بدائنيه ، أو تعمد الإعسار في دعوى الدين التي رفعها عليه دائنه (م ٢٦٠ مدني) ، كما سيأتي (٢) .

وقد يكون الدائن ، بعد أن يتقن من إعسار مدينه ، يخشى أن يبادر دائنوه الآخرون إلى أخذ اختصاصات على عقاراته يتقدمون بها في استيفاء حقوقهم ، لاسيما بعد أن أصبح حق الاختصاص في التقنين المدني الجديد لا يؤخذ إلا بناء على حكم واجب التنفيذ (م ١٠٨٥ مدني) ، فيسبقه إلى الحصول على هذا الحكم دائنون آخرون ، ويبقى هو أمداً طويلاً قبل أن يحصل على حكم واجب التنفيذ يستطيع بموجبه أن يأخذ حق اختصاص . وفي مثل هذه الظروف يؤثر الدائن أن يبادر إلى شهر إعسار مدينه ، وما دام هو لا يزال أمامه وقت طويل قبل أن يستطيع الحصول على حكم يأخذ حق اختصاص بموجبه ، فلا أقل من أن يمنع الدائنين الآخرين من أن يفعلوا ذلك فيتقدموا عليه دون مبرر .

وقد يكون الدائن حقه مؤجلاً ، ويتقن من إعسار مدينه ، فيخشى أن ينتظر حلول الأجل فلا يجد عند المدين مالا يستوفي منه حقه . فيبادر إلى شهر إعسار المدين ، متمسكاً بدين حال ، غير الدين المؤجل ، لا تكفي أموال المدين للوفاء به . فاذا ما شهر إعسار المدين ، سقط الأجل في الدين المؤجل ، وبادر الدائن إلى التنفيذ بحقه ، والحصول على قسط منه ، بدلا من أن يضيعه كله (٣) .

(١) وتقول المادة ٢٧٠ من التقنين المدني العراقي : « إذا خاف غرماءه ضياع ماله ، أو خافوا أن يخفيه ، أو أن يجعله باسم غيره » .

(٢) ونرى أنه حتى لو لم يوجد للمدين إلا دائن واحد ، فإن هذا الدائن يستطيع أن يرفع دعوى شهر الإعسار ، وذلك حتى يغل يد المدين من التصرف في أمواله ، مع تعريضه للعقوبة الجنائية . وإذا جاز للدائن الواحد أن يشهر إفلاس مدينه (انظر الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ١٦٨ ص ٢١٩ - ص ٢٢١) ، مع تعمد إجراءات الإفلاس وخطر نتائجه ، فأولى أن يجوز للدائن الواحد أن يشهر إعسار مدينه ، وله في ذلك مصلحة واضحة .

(٣) والدائن ذو الحق المؤجل لا يتمسك ، في شهر إعسار المدين ، بحقه هو لأنه غير حال ، =

٦٩٩ — الموعى فى دعوى شهر الإعسار هو الموعى نفسه : تقول المادة

٢٥٠ مدنى ، كما رأينا ، أن شهر الإعسار يكون بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه . وقد عرضنا للدوافع التى تحدد بالدائن على أن يطلب شهر إعسار مدينه ، فبقى أن نتبين الدوافع التى تحدد بالمدين نفسه على أن يطلب شهر إعساره .

قد يرى المدين أن الديون قد أثقلتة ، وأن الظروف التى تحيط به تشفع له ، فيعمد إلى طلب شهر إعساره حتى يستطيع الحصول على منحه آجالا للديون الحالية ، وحتى يمد الآجال بالنسبة إلى الديون المؤجلة (م ٢٥٥ فقرة ٢ مدنى وسيأتى بيانها) ، فيتمكن بذلك من تسوية حالته المالية فى هدوء وطمأنينة . ويشبه هذا فى الإفلاس التجارى الصلح مع الدائنين (concordat) .

وقد يكون المدين غارقاً فى ديونه ، تنهال عليه الحجوز من كل جانب ، وقد حجزت إيراداته فنع مورد رزقه ، فيعمد إلى طلب شهر إعساره حتى يستطيع الحصول على نفقة (م ٢٥٩ مدنى وسيأتى بيانها) يقتات منها إلى أن تتم تصفية أمواله^(١) .

وأكثر ما يتحقق طلب المدين شهر إعسار نفسه يكون فى دعوى يرفعها عليه أحد دائنيه بالدين ، فيطلب أثناء نظر هذه الدعوى شهر إعسار نفسه^(٢) .

= وإنما يتمسك بحق حال ، ولو لدائن آخر ، لا تكفى أموال المدين لوفائه . وقد قضت محكمة شين الكوم الكلية بأن دعوى شهر إعسار المدين لا تجوز إقامتها إلا عند حلول ميعاد الوفاء بالدين ، ولا يجوز رفعها قبل ذلك طبقاً للمادة ٢٤٩ من القانون المدنى الجديد . وتقول المحكمة بحق : « وأما ما تعرضت له المدعية بمذكرتها من أن الأجل يسقط ويصبح الدين مستحق الأداء بالمادتين ٢٥٥ و ٢٧٣ ، فرجعه فى التفسير إلى صدور حكم بالإعسار ، ونص المادة ٢٧٣ صريح فى ذلك » (شين الكوم الكلية ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣١ رقم ٣٩٠ ص ١٣٧٥) .
(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٣ .

(٢) ويجوز للمدين أن يطلب شهر إعسار نفسه بدعوى يرفعها ابتداء أمام المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطنه ، ويكون دائنوه هم الخصوم فى هذه الدعوى . وهذا بخلاف شهر المدين التاجر إفلاس نفسه ، فقد ورد فيه نص خاص ، إذ قضت المادة ١٩٧ من التقنين التجارى بأن « الحكم بإشهار الإفلاس بناء على طلب المدين المفلس يكون بمجرد تقديمه تقريراً إلى قلم كتاب المحكمة الكائن محله فى دائرة اختصاصها بأنه وقف عن دفع ديونه » .

٧٠٠ - شهر الإعسار لا تطلب النيابة العامة ولا تقضى به المحكمة

من تلقاء نفسها : وفي الإفلاس التجارى يجوز للنيابة العامة طلب شهر إفلاس المدين التاجر ، ويجوز للمحكمة أن تشهر إفلاس التاجر من تلقاء نفسها . فقد نصت المادة ١٩٦ من التقنين التجارى على أن « الحكم بإشهار الإفلاس يجوز أن يصدر بناء على طلب نفس المدين المفلس أو طلب مدائنيه أو الوكيل عن الحضرة الخديوية أو تصدره المحكمة من تلقاء نفسها » . وليس هنا محل الكلام عن الإفلاس التجارى ، وكيف تطلبه النيابة العامة ، أو تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها . والذي يعيننا أن نبينه في هذا الصدد أن الإعسار المدنى لا يخضع لهذا النظام ، إذ لا يوجد نص في تنظيم الإعسار يسمح به ، بل إن نص المادة ٢٥٠ مدنى يقضى ، كما رأينا ، بأن يكون شهر الإعسار بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه . فلم يذكر النص النيابة العامة ، ولم يبح للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بشهر إعسار المدين غير التاجر ، وذلك لأن الاعتبارات التى تستوجب هذا الحكم فى المعاملات التجارية لا وجود لها فى المعاملات المدنية^(١) .

المبحث الثانى

إجراءات دعوى الإعسار

٧٠١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٥٢ من التقنين المدنى

على ما يأتى :

« مدة المعارضة فى الأحكام الصادرة فى شأن الإعسار ثمانية أيام ، ومدة استئنافها خمسة عشر يوماً ، تبدأ من تاريخ إعلان تلك الأحكام » .

(١) لاسيما — كما يقول الأستاذ محسن شفيق (الإفلاس فقرة ٣٠ ص ٥٥) — أن تحويل المحكمة حق شهر الإفلاس من تلقاء نفسها خروج على القواعد العامة ، ومحل انتقاد بعض الفقهاء .

وتنص المادة ٢٥٣ على ما يأتي :

« ١ - على كاتب المحكمة في اليوم الذي تقيد فيه دعوى الإعسار أن يسجل صحيفتها في سجل خاص يرتب بحسب أسماء المعسرين ، وعليه أن يؤشر في هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر في الدعوى وبكل حكم يصدر بتأييده أو بالغائه ، وذلك كله يوم صدور الحكم ».

« ٢ - وعلى الكاتب أيضاً أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر صورة من هذه التسجيلات والتأشيرات لإثباتها في سجل عام ، ينظم وفقاً لقرار يصدر من وزير العدل » .

وتنص المادة ٢٥٤ على ما يأتي :

« يجب على المدين إذا تغير موطنه أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التي يتبعها موطنه السابق . وعلى هذا الكاتب بمجرد علمه بتغير الموطن ، سواء أخطره المدين أم علم بذلك من أى طريق آخر ، أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شهر الإعسار ومن البيانات المؤشر بها في هامش التسجيل إلى المحكمة التي يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها في سجلاتها ^(١) ».

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٥٢ : ورد هذا النص في المادة ٣٣٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٦٤ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٩) .

م ٢٥٣ : ورد هذا النص في المادة ٣٣٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « على كاتب المحكمة أن يقيد الأحكام الصادرة بإشهار الإعسار ، يوماً فيوماً ، في سجل عام يرتب بحسب أسماء المعسرين ، وطبقاً لما يقضى به نظام الفهارس . وعليه أن يؤشر في هامش القيد المذكور بكل حكم يصدر بتأييد أو إلغاء حكم سابق » . وفى لجنة المراجعة أضيفت فقرة ثانية إلى النص على الوجه الآتى : « وعليه أيضاً أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر صورة الأحكام لقيدها في سجل عام ينظم وفقاً لقرار يصدر من وزير العدل » ، وأصبح رقم المادة ٢٦٥ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ رأى وجوب أن يكون تسجيل صحيفة الدعوى وقيد الحكم في محكمة واحدة ، ووجوب البدء بالكلام على تسجيل صحيفة الدعوى طبقاً للترتيب الطبيعى ، وهذا إجراء تستلزمه حماية مصالح الغير . فعدل النص على الوجه الذى استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢٥٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٠ - ص ٦٧٢) .

ولامقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق .

وتقابل هذه النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٢٥٣-٢٥٤ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٧١ فقرة ٣ و٢ (١) .

٧٠٢- المحكمة المختصة بالحكم بشهر الإعسار : وقد قدمنا أن المادة ٢٥٠ مدنى تقضى بأن المحكمة المختصة بالحكم بشهر الإعسار هى المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين المعسر ، فلا تختص المحاكم الجزئية إذن بنظر دعاوى الإعسار .

٧٠٣- نظر الدعوى على وجه السرعة - تفسير مواعيد المعارضة والاستئناف : وتقضى المادة ٢٥٠ مدنى أيضاً أن تنظر دعوى الإعسار على وجه

م ٢٥٤ : ورد هذا النص فى المادة ٣٢٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٦٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٣ - ص ٦٧٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٥٣-٢٥٤ (مطابقتان للمادتين ٢٥٣ و٢٥٤ من التقنين المدنى المصرى ، فيما عدا أن كاتب محكمة موطن المدين المعسر ، فى التقنين السورى ، يرسل إلى ديوان وزارة العدل - لا إلى محكمة العاصمة كما فى التقنين المصرى - صورة التسجيلات والتأشيرات لإثباتها فى سجل عام . ولا مقابل فى التقنين السورى للمادة ٢٥٢ من التقنين المصرى وهى المادة التى تقصر مواعيد المعارضة والاستئناف) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٧١ فقرة ٢ : ويجوز لأى دائن بمقتضى هذا الحكم (حكم الحجر على المدين المعسر) أن يحصل من دائرة الإجراء على قرار بحجز جميع أموال المدين المحجور من عقارات ومنقولات وديون فى ذمة الغير ، عدا الأموال التى لا يجوز حجزها . ويبقى الحجز على أموال المدين قائماً لمصلحة جميع الدائنين حتى ينتهى الحجر .

فقرة ٣ : ويقام المدين نفسه حارساً على أمواله المحجوز عليها ، إلا إذا قفست الضرورة بغير ذلك .

(ويتبين من نصوص التقنين العراقى أنه لا يكفى الحكم بحجز المدين وشهر هذا الحكم ، بل يجب أيضاً أن يتبع ذلك حجز كل أموال المدين لمصلحة جميع الدائنين . ويقام المدين ، بقدر الإمكان ، حارساً على أمواله ، حتى يكون مسئولاً عن تبديدها - انظر الدكتور حسن على الزنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٠١) .

السرعة . فيبين في صحيفة الدعوى موضوعها وطلبات المدعى فيها بالإيجاز (م ٧١ مرافعات) . وتقدم على غيرها من الدعاوى العادية ، ولا يقبل فيها طلب التأجيل إلا عند الضرورة ، ولأجل قريب ، وتقدم الدعوى مباشرة إلى المحكمة دون عرضها على التحضير . وقد نصت المادة ١١٨ من تقنين المرافعات ، في هذا الصدد ، على أن « الدعوى المستعجلة ودعاوى شهر الإفلاس ... وكل الدعاوى التي ينص القانون على وجوب الفصل فيها على وجه السرعة ... تقدم مباشرة إلى المحكمة دون عرضها على التحضير . ويتعين على المدعى فيها أن يودع مستنداته قلم الكتاب عند قيد دعواه ، ويقدم المدعى عليه ما يكون لديه من مستندات في جلسة المرافعة نفسها ، وفي جميع الأحوال تعطى المحكمة الخصوم المواعيد المناسبة للاطلاع على المستندات والرد عليها . وكلما اقتضت الحال تقديم مستندات أو طلبات عارضة أو إدخال خصوم ، حددت المحكمة المواعيد التي يجب أن يتم فيها ذلك » .

والحكم الذي يصدر في الدعوى بشهر الإعسار يكون قابلاً للمعارضة إذا صدر غيابياً ، ولكن مواعيد المعارضة تقصر إلى ثمانية أيام من تاريخ إعلان الحكم الغيابي للمدين (م ٢٥٢ مدني) . ويلاحظ أن المادة ٣٨٦ من تقنين المرافعات تنص على أنه « لا تجوز المعارضة في الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة ولا في المواد التي يوجب القانون الحكم فيها على وجه السرعة » . وكان هذا النص يقتضي ألا تجوز المعارضة في الحكم الذي يصدر بشهر الإعسار ، لأن الدعوى تنظر على وجه السرعة كما قدمنا . ولكن لم ينسق التقنين المدني مع تقنين المرافعات في هذه المسألة ، فتعارضاً . ولا بد من القول ، إزاء هذا التعارض ، بأن الحكم الذي تضمنته المادة ٢٥٢ مدني من جواز المعارضة يعتبر استثناء من القاعدة العامة التي قررتها المادة ٣٨٦ مرافعات من أن المعارضة لا تجوز في المواد التي يوجب القانون الحكم فيها على وجه السرعة . وتعتبر المادة ٢٥٢ مدني ، وهي تجعل ميعاد المعارضة ثمانية أيام ، استثناء أيضاً من المادة ٣٨٨ مرافعات ، وهذه تنص على أن « ميعاد المعارضة خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلان الحكم الغيابي ، مالم يقض القانون بغير ذلك » ، وهنا قضى القانون بأن يكون الميعاد ثمانية أيام كما قدمنا .

ويكون الحكم الصادر في دعوى شهر الإعسار ، سواء صدر بشهر الإعسار أو بالرفض ، قابلاً للاستئناف . فلو أن الدائن رفع الدعوى على المدين بطلب

شهر إعساره ، وصدر الحكم ابتدائياً بشهر الإعسار ، جاز للمدين المحكوم عليه بشهر إعساره أن يستأنف الحكم أمام محكمة الاستئناف التي تستأنف أمامها أحكام المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم الابتدائي .

وكذلك إذا صدر الحكم الابتدائي برفض شهر الإعسار ، جاز للدائن استئنافه . وميعاد الاستئناف ، كما تقضى بذلك المادة ٢٥٢ مدني ، هو خمسة عشر يوماً تبدأ من تاريخ إعلان الحكم . وهنا أيضاً لم ينسق التقنين المدني مع تقنين المرافعات فقد نصت المادة ٤٠٢ مرافعات على ما يأتي : « مالم ينص القانون على خلاف ذلك ، يكون ميعاد الاستئناف عشرين يوماً لأحكام محاكم المواد الجزئية وأربعين لأحكام المحاكم الابتدائية ، وينقص هذان الميعادان إلى النصف في مواد الأوراق التجارية . ويكون الميعاد عشرة أيام في المواد المستعجلة والمواد التي يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة أياً كانت المحكمة التي أصدرت الحكم » . وكان مقتضى هذا النص أن يكون ميعاد الاستئناف في دعوى شهر الإعسار ، وهي دعوى تنظر على وجه السرعة كما قدمنا ، عشرة أيام لخمسة عشر يوماً . ولا بد من القول هنا أيضاً أن الحكم الذي تضمنته المادة ٢٥٢ مدني من جعل ميعاد الاستئناف خمسة عشر يوماً هو استثناء من القاعدة العامة التي قررتها الفقرة الثانية من المادة ٤٠٢ مرافعات من أن ميعاد الاستئناف في المواد التي تنظر على وجه السرعة هو عشرة أيام فقط .

٧٠٤ — الحكم الصادر بشهر الإعسار منشيء لا لأئف وهو مجة

على الطافة : والحكم الصادر بشهر الإعسار هو حكم منشيء لحالة قانونية جديدة ، فقد نقل المدين إلى حالة إعسار يرتب عليها القانون نتائج هامة . ولا يقال ان الحكم إنما كشف عن حالة المدين المعسر ، فقد قدمنا أن الإعسار هو حالة قانونية يشترط في قيامها أوضاع خاصة ، وهذه الأوضاع هي التي تنشئ الحالة القانونية (١) .

(١) انظر عكس ذلك الأستاذ محسن شفيق في الإفلاس فقرة ٢٩ — وانظر في أن الحكم كاشف لا منشيء في الحالة الحاضرة للقانون المدني الفرنسي حيث لم ينظم الإعسار ولم يجعل شهره موكولا إلى حكم : بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨١٣ .

ولما كان الحكم ينشئ حالة قانونية جديدة ، فهو حجة على الكافة .
والمدين الذى شهر الحكم إعساره يعتبر معسراً ، لا بالنسبة إلى الدائن الذى رفع
دعوى شهر الإعسار وحده ، بل أيضاً بالنسبة إلى سائر الدائنين ، وكذلك
بالنسبة إلى الغير ممن قد يتصرف له المدين فلا ينفذ تصرفه . ذلك أن حالة
الإعسار لا تتجزأ ، ولا يصح أن يعتبر المدين معسراً بالنسبة إلى بعض ، وموسراً
بالنسبة إلى الآخرين^(١) . ويترتب على أن الحكم بشهر الإعسار حجة على الكافة
أمران : (١) يجوز لكل ذى مصلحة - كدائن لم يدخل فى الدعوى أو شخص
تصرف له المدين المعسر - أن يطعن فى الحكم بشهر الاعسار عن طريق اعتراض
الخارج عن الخصومة ، إذا أثبت أن دعوى شهر الاعسار إنما رفعت غشاً بالتواطؤ
بين طرفى الدعوى أو أن المدين قد أهمل إهمالاً جسيماً فى الدفاع عن نفسه ونجم عن
هذا الإهمال أن حكم بشهر إعساره « م ٤٥٠ » فقرة ١ مرافعات » . (٢) مادام
الحكم حجة على الكافة ، فقد كفل له القانون وسائل للعلانية حتى يتمكن
ذوو الشأن ومن لهم مصلحة أن يعلموا به . وهذا ما تنتقل الآن إليه .

٧٠٥ - العلنية التى نظمها القانون للحكم الصادر بشهر الاعسار :

كفل القانون العلنية للحكم الصادر بشهر الاعسار عن طريقين : (١) طريق
قلم كتاب المحكمة الابتدائية التى أصدرت الحكم بشهر الاعسار ، وهذه هى الجهة
المحلية للإعلان عن الحكم . (٢) طريق قلم كتاب محكمة مصر الابتدائية ، وهذه
هى الجهة المركزية الرئيسية للإعلان عن الحكم .

أما عن الجهة المحلية ، فقد قضت المادة ٢٥٣ مدنى ، كما رأينا ، بأن كاتب
المحكمة الابتدائية التى رفعت أمامها دعوى شهر الاعسار ينظم سجلاً خاصاً
مرتباً بحسب أسماء المعسرين حتى يتيسر البحث فيه . وعليه ، بعد أن تقيد دعوى
الاعسار ، أن يسجل صحيفة الدعوى فى هذا السجل الخاص ، تحت اسم المدين
المطلوب شهر إعساره . ومتى صدر الحكم فى الدعوى ، أشر يوم صدوره ، فى
هامش التسجيل المذكور ، بالحكم الصادر . وإذا طعن فى الحكم بالمعارضة
أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر أو اعتراض الخارج عن الخصومة ،

(١) انظر الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ٢٩ .

أشر ، في هامش التسجيل أيضاً ، بالحكم الصادر في الطعن المذكور بالتأييد أو بالالغاء ، ويكون ذلك يوم صدور الحكم . وبذلك تجتمع في هذا السجل الخاص ، تحت اسم كل مدين رفعت عليه دعوى شهر الإعسار ، صورة كاملة عن تاريخ رفع الدعوى وصحيفتها وعمما صدر من الأحكام فيها . فيستطيع كل ذى شأن أن يعرف ، من واقع هذا السجل الخاص ، حالة المدين وعمما إذا كانت دعوى الإعسار قد رفعت عليه وبماذا حكم في هذه الدعوى ، فيتبين الحالة على حقيقتها . ولما كان هذا السجل الخاص موجوداً في المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين ، وكان هناك احتمال في أن يغير المدين موطنه ، فلا بد من إرسال هذه البيانات إلى المحكمة التي بها موطن المدين الجديد لنقلها في سجلها الخاص ، لأن من يريد بحث حالة المدين إنما يبحثها في قلم كتاب المحكمة التي يوجد بها موطنه الأخير وهو الموطن الظاهر أمامه . ومن ثم قضت المادة ٢٥٤ مدني بأن المدين الذي شهر إعساره ، إذا غير موطنه ، وجب عليه أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التي يتبعها موطنه السابق وهي المحكمة التي قيد في سجلها الخاص حكم شهر الإعسار . وسواء علم هذا الكاتب بالموطن الجديد من المدين نفسه أو من شخص آخر كدائن أو أى ذى مصلحة ، فانه يجب عليه أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شهر الإعسار ومن البيانات المؤشر بها في هامش التسجيل إلى المحكمة التي يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها في سجلها الخاص . وبذلك يستطيع البحث عن حالة المدين في قلم كتاب المحكمة التي يتبعها موطنه الأخير ، حتى لو غير موطنه أكثر من مرة (١) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٣ -

ص ٦٧٤ .

وغنى عن البيان أنه لا يزال هناك احتمال ألا يخبر المدين كاتب المحكمة بتغيير موطنه وألا يعلم الكاتب من طريق آخر بهذا التغيير ، فلا يستطيع الاهتداء على حالة المدين في موطنه الجديد . ومن أجل ذلك كان المشروع التمهيدى (م ٣٤٨ منه) ينص على عقوبة المدين الذى شهر إعساره بعقوبة التبديد . حالة ما إذا غير بطريق الغش موطنه دون أن يوجه الإخطار اللازم إلى كاتب المحكمة ، وترتب على التغيير ضرر لدائنيه . ولكن لجنة المراجعة رأت عدم التوسع في العقوبات ، فحذفت هذه العقوبة . وسرى أن المادة ٢٥٧ مدني تقضى بأنه متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار فلا يسرى في حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسرى في حقهم أى وفاء يقوم به المدين . وكان المشروع التمهيدى لهذه المادة =

وننتقل الآن إلى الجهة المركزية . فقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٥٣ نصت على ما يأتي : « وعلى الكاتب أيضاً أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر صورة من هذه التسجيلات والتأشيرات لإثباتها في سجل عام ينظم وفقاً لقرار يصدر من وزير العدل » . والغرض من ذلك أن تكون هناك جهة مركزية ينظم فيها سجل عام تنقل فيه صورة من التسجيلات والتأشيرات التي قيدت في السجلات الخاصة لجميع المحاكم الابتدائية في البلاد . وبذلك تتوحد جهة مركزية يستطيع الباحث إذا رجع إليها أن يعلم بحالة المدين في أى موطن كان ^(١) .

الفرع الثانى

الآثار التى تترتب على حالة الإعسار

٧٠٦ — نوعاه من الآثار : يترتب على شهر إعسار المدين نوعان من الآثار : (١) آثار بالنسبة إلى المدين (٢) وآثار بالنسبة إلى الدائنين .

= (م ٣٤٤ من المشروع) يضيف فى آخر النص العبارة الآتية : « كل ذلك دون إخلال بحقوق الغير الذين لم يكن فى استطاعتهم أن يعلموا بحالة الإعسار » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذه العبارة ما يأتى : « ولا يرد على هذه القاعدة إلا استثناء واحد ، يعرض فى النادر ، حيث يمتنع على الغير العلم بإعسار المدين من جراء عدم تسجيل حكم شهر الإعسار فى قلم كتاب المحكمة ، بسبب تغيير المدين لمحل غشاً » . ولكن العبارة حذفت فى لجنة المراجعة ، وبذلك لم يعد لتغيير المدين لمحل موطنه غشاً جزاء خاص ، جنائى أو مدنى ، وترك الأمر إلى القواعد العامة ، فىكون المدين الذى غير موطنه غشاً هو المسئول أمام من تصرف له ، مع اعتبار التصرف غير سار فى حق الدائنين . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٨٠ — ص ٦٨٢ .

(١) ولا يزال هذا السجل العام لم يتم تنظيمه حتى الآن ، ولم يصدر قرار من وزير العدل بذلك — هذا ولا توجد وسائل إعلان لحكم شهر الإعسار غير ما قدمناه ، ولم يوجب القانون اللصق أو الإعلان فى الصحف ، وهى إجراءات إن جازت فى المعاملات التجارية لما للإعلان عن الحكم من أهمية فى هذه المعاملات ، فهى لا ضرورة لها فى التعامل المدنى . على أن الإعلان عن حكم الإعسار — ولو عن طريق تنظيم سجلات لذلك فى أقلام كتاب المحاكم — ضرورى لتحديد مركز المدين من دائنيه ومركز الدائنين بعضهم من بعض ، لاسيما بالنسبة إلى الإجراءات الفردية التى قد يتخذها بعض الدائنين .

المبحث الأول

بالنسبة إلى المدين

٧٠٧ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٥٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« متى سجلت صحيفة دعوى الاعسار ، فلا يسرى في حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسرى في حقهم أى وفاء يقوم به المدين » .

وتنص المادة ٢٥٨ على ما يأتي :

« ١ - يجوز للمدين أن يتصرف في ماله ولو بغير رضاء الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع » .

« ٢ - وإذا كان الثمن الذى بيع به المال أقل من ثمن المثل ، كان التصرف غير سار في حق الدائنين ، إلا إذا أودع المشتري فوق الثمن الذى اشترى به ما نقص من ثمن المثل » .

وتنص المادة ٢٥٩ على ما يأتي :

« إذا أوقع الدائنون الحجز على إيرادات المدين ، كان لرئيس المحكمة المختصة بشهر الإعسار أن يقرر للمدين ، بناء على عريضة يقدمها ، نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة . ويجوز التظلم من الأمر الذى يصدر على هذه العريضة في مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره إن كان التظلم من المدين ، ومن تاريخ إعلان الأمر للدائنين إن كان التظلم منهم » .

وتنص المادة ٢٦٠ على ما يأتي :

« يعاقب المدين بعقوبة التبديد في الحالتين الآتيتين :

« (١) إذا رفعت عليه دعوى بدين فتعتمد الإعسار بقصد الإضرار بدائنيه ، وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وشهر إعساره » .

« (ب) إذا كان بعد الحكم بشهر إعساره ، أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها ، أو اصطنع ديوناً صورية أو مبالغاً فيها ، وذلك كله بقصد الإضرار بدائنيه » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٥٧ : ورد هذا النص في المادتين ٣٤٤ و ٣٤٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
« م ٣٤٤ — متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار ، فلا يسرى في حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسرى في حقهم أى وفاء يقوم به المدين ، كل ذلك دون إخلال بحقوق الغير الذين لم يكن في استطاعتهم أن يعلموا بحالة الإعسار » . م ٣٤٥ : « ١ — غير أنه يجوز للمدين ، بموافقة أغلبية من الدائنين تمثل ثلاثة أرباع الديون ، أن يبيع كل ماله أو بعضه ، على أن يخصص الثمن لوفاء ديونه . ٢ — فإذا لم يتفق الجميع على طريقة توزيع هذا الثمن ، تعين لإيداعه خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع » — وفي لجنة المراجعة حذفت المادة ٣٤٥ ، وحذف من المادة ٣٤٤ العبارة الأخيرة وهى : « كل ذلك دون إخلال بحقوق الغير الذين لم يكن في استطاعتهم أن يعلموا بحالة الإعسار » ، ما دام هناك جهة مركزية موحدة لشهر أحكام الإعسار . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقمه ٢٦٩ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٠ وص ٦٨٢) .

م ٢٥٨ : ورد هذا النص في المادة ٣٤٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ويجوز أيضاً للمدين أن يتصرف في ماله ولو بغير رضا الدائنين ، على أن يكون ذلك بشمن المثل وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن خزانة المحكمة ليستوفى الدائنون منه حقوقهم » . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً وأضيفت إليه فقرة ثانية ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وصار رقمه ٢٧٠ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٣ — ص ٦٨٤) .

م ٢٥٩ : ورد هذا النص في المادة ٣٤٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق تقريباً لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٧١ في المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب بعد تحويرات لفظية جعلته مطابقاً كل المطابقة . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٥ — ص ٦٨٧) .

م ٢٦٠ : ورد هذا النص في المادة ٣٤٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يعاقب المدين الذى أشهر إعساره بعقوبة التبديد في الحالات الآتية : (أ) إذا رفعت عليه دعوى بدين ، فتعتمد الإعسار غشاً وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين : (ب) إذا كان بطريق الغش ، وبعد الحكم بإشهار إعساره ، قد آثر دائناً على آخر ، أو أخفى بعض أمواله ليحول بين الدائنين والتنفيذ عليها ، أو ادعى لنفسه ديوناً صورية أو ديوناً مبالغاً فيها . (ج) إذا غير بطريق الغش موطنه ، وترتب على هذا التغيير ضرر لدائنيه . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة (ج) ولعدم التوسع في العقوبات ، وأصبحت المادة رقمها ٢٧٢ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس =

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق.

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٢٥٧ - ٢٦٠ ، وفي التقنين المدني العراقي المواد ٢٧٢ و ٢٧٤ و ٢٧٦ و ٢٧٧^(١).

وهذه النصوص تكفل حماية الدائنين من تصرفات المدين عن طريقين :
(١) منع نفاذ هذه التصرفات في حقهم (٢) تعريض المدين لعقوبات جنائية إذا صدرت منه أعمال معينة . ثم هي في الوقت ذاته ترعى جانب الرأفة بالمدين ، فتجيز أن تقدر له نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة .

= النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ أدخلت تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبحت المادة رقمها ٢٦٠ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٨ - ص ٦٩٠) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٥٧ - ٢٦٠ (مطابقة لنصوص التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٢٧٢ — ينفق على المدين المحجور وعلى من لزمته نفقته في مدة الحجر من ماله . فإذا أوقع الدائنون الحجر على إيراداته ، كان لرئيس المحكمة المختصة بالحجر أن يقرر للمحجور ، بناء على عريضة يقدمها ، نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة .
م ٢٧٤ — إذا أقر المدين المحجور بدين فلا يعتبر إقراره . وإذا دفع من ماله ديناً في ذمته لأحد غرمائه ، فلسائر غرمائه استرداد المبلغ الذي دفعه .

م ٢٧٦ — يجوز للمدين المحجور ، بموافقة أغلبية من الدائنين تمثل ثلاثة أرباع الديون ، أن يبيع كل ماله أو بعضه ، على أن ينحصر الثمن لوفاء ديونه . فإذا لم يتفق الجميع على طريقة توزيع هذا الثمن ، تعين إيداعه صندوق المحكمة حتى يوزع وفقاً للإجراءات المقررة .

م ٢٧٧ — يجوز للمدين ، بإذن من المحكمة ، أن يتصرف في ماله ولو بغير رضاء الدائنين ، على أن يكون ذلك بشمن المثل وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن صندوق المحكمة ليستوفي الدائنون منه حقوقهم .

(وأحكام هذه النصوص تتفق في مجموعها مع أحكام نصوص التقنين المصري ، مع فروق أهمها : (١) نص التقنين العراقي على عدم نفاذ إقرار الدين المعسر ، ولم يذكر التصرفات الأخرى . ولكن المفهوم أن تصرفات المدين المعسر ، في التقنين العراقي ، لا تسري في حق الدائنين . كذلك يمكن القول في التقنين المصري بعدم نفاذ إقرار المدين المعسر . (٢) نص التقنين العراقي على جواز أن يصنى المدين المعسر أمواله كلها أو بعضها بموافقة أغلبية من الدائنين . وقد كان هذا النص موجوداً في المشروع التمهيدي للتقنين المصري ، ولكن حذفته لجنة المراجعة . (٣) اشترط التقنين العراقي إذن المحكمة لتصرف المدين المعسر في المال بشمن المثل ، وهذا الشرط لم يرد في التقنين المصري . (٤) لم يرد في التقنين العراقي ذكر لعقوبات جنائية توقع على المدين المعسر إذا صدرت منه أعمال معينة ، كما ورد ذلك في التقنين المصري . ويقول الأستاذ حسن علي الذنون (أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي ص ١٠٢) أن في نصوص قانون =

٧٠٨ — عزم نفاذ تصرفات المدين في حق دائنيه : هنا نجد مزية من

أهم مزايا شهر إعسار المدين . فقد كان الدائنون قبل شهر إعسار مدينهم موكولين إلى الدعوى البولصية ، لا يستطيعون أن يجعلوا تصرفات المدين غير سارية في حقهم إلا بعد أن يثبتوا أن المدين المعسر قد تصرف غشاً للإضرار بحقوقهم وأن المتصرف له كان أيضاً سيء النية ، إذا كان التصرف معاوضة . أما بعد شهر إعسار المدين ، فكل تصرف يصدر منه من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى ، ويكون من شأنه أن ينقص من حقوقه كالبيع والهبة ، أو يزيد في التزاماته كالقرض ، وأي وفاء يقوم به ولو لدين حال^(١) ، يكون غير سار في حق الدائنين ، وذلك دون حاجة إلى إثبات إعسار المدين فهو ثابت بشهر الإعسار ، ودون حاجة إلى إثبات سوء نية المدين أو سوء نية المتصرف له ولو كان التصرف معاوضة^(٢) . وهذه الوقاية تفضل العلاج الذي تقدمه الدعوى البولصية^(٣) . وغنى عن البيان أن أي تصرف يرمى به المدين إلى تفضيل دائن على آخر ، بالوفاء

= العقوبات البغدادى ما أغنى عن وضع نص مماثل للمادة ٢٦٠ من التقنين المدنى المصرى، إذ تنص المادة ٢٧٣ من قانون العقوبات على أن « كل من عهد إليه منقول ملك للغير بأية كيفية كانت ، أو سلمه لأى غرض كان ، فاستلمه لنفسه أو لفائده أو لمنفعة أو لفائدة شخص آخر ... يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنين وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين » . وتنص المادة ٢٧٤ - وهي المادة المقصودة - على ما يأتى : « وتطبق هذه العقوبات أيضاً على مالك الأشياء المحجوز عليها إدارياً أو قضائياً الذى عهدت إليه هذه الأشياء بصفته حارساً عليها الخ » . ويلاحظ أن التقنين المصرى حدد أعمالاً أخرى يعاقب عليها ، غير تبديد الحارس للأموال التى فى حراسته ، وذلك كتعمد الإعسار واطئاع الديون (انظر فى شرح نصوص التقنين المدنى العراقى الأستاذ حسن على الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١٠٤ وفقرة ١٠٦ وفقرة ١٠٨) .

(١) كذلك لا تقع المقاصة إذا لم تتحقق شروطها إلا بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فإن الدائنين منذ تسجيل هذه الصحيفة قد كسبوا حقاً فى أموال مدينهم ، وتنص الفقرة الأولى من المادة ٣٦٧ مدنى على أنه « لا يجوز أن تقع المقاصة لإضراراً بحقوق كسبها الغير » - والتاريخ العرفى لتصرف المدين حجة على الدائن ، إلى أن يثبت الدائن أن هذا التاريخ قد قدم ، وإنه فى الحقيقة لاحق لتسجيل صحيفة دعوى الإعسار فلا يسرى التصرف فى حقه .

(٢) ولكن الامتناع عن زيادة الحقوق أو انقاص الالتزامات يصح ، كما هى الحال فى الدعوى البولصية .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨١ .

له قبل حلول دينه أو بعد حلول الدين أو باعطائه ضماناً لدينه ، يكون غير سار في حق الدائنين الآخرين (١) .

وعدم نفاذ التصرف في حق الدائنين لا يمنع من أن يبقى التصرف قائماً فيما بين المدين والمتصرف له . فلو نفذ الدائنون على العين المتصرف فيها ، كان للمتصرف له الرجوع بالضمان على المدين . ولو ترك الدائنون العين دون أن ينفذوا عليها ، بقيت في ملك المتصرف له ، لأن التصرف لا يزال قائماً . وإذا انتهت حالة الإعسار بسبب من أسباب انتهائه ، بقي التصرف غير نافذ في حق الدائنين ، ولكنه يبقى أيضاً قائماً ما بين المدين والمتصرف له (٢) .

ولا يوجد في قاعدة عدم نفاذ تصرفات المدين المعسر إلا استثناء واحد نصت عليه المادة ٢٥٨ مدني . فان هذه المادة تقضي بجواز أن يبيع المدين ماله ، ولو بغير رضا دائنيه ، بشرطين : (١) أن يكون البيع بضمن المثل ، فان نقص عن ثمن المثل فان التصرف لا يكون سارياً في حق الدائنين إلا إذا أكمل المشتري الثمن إلى ما يعادل ثمن المثل (٣) . (٢) أن يودع المشتري الثمن كله ، بما في ذلك تكملته إلى ثمن المثل ، في خزانة المحكمة على ذمة الدائنين ، فيوزع بينهم وفقاً لإجراءات

(١) ولا يستطيع المتصرف له أن يشكو من هذه الحالة ، فقد كان يستطيع أن يتبين حالة المدين قبل أن يصدر منه التصرف ، فيعلم من الاطلاع على السجل الخاص ، أو السجل العام في محكمة مصر الابتدائية ، أن المدين في حالة إعسار وأن تصرفاته لا تنفذ في حق دائنيه . يبقى احتمال أن يكون المدين قد غير موطنه دون أن يخطر كاتب المحكمة ، فلم يستطيع الغير الذي تعامل معه أن يعلم بشهر إعساره من سجل المحكمة التي يتبعها موطنه الجديد ، ولم يكلف نفسه عناء البحث في السجل العام في محكمة مصر . هنا كان المشروع التمهيدى ، كما قدمنا ، يحفظ حقوق الغير ، ولكن حذف هذا الحكم في لجنة المراجعة ، فأصبح التصرف حتى في هذه الحالة لا ينفذ في حق الدائنين ، ولا يكون للغير إلا الرجوع على المدين المعسر بالضمان ، وهذا رجوع ليست له قيمة كبيرة لإعسار المدين (انظر آنفاً فقرة ٧٠٥ في الهامش) . وقد يقال في تبرير هذا الحكم إن الغير قد أهمل ، فقد كانت عنده وسيلة لمعرفة إعسار المدين وهي الرجوع إلى السجل العام في محكمة مصر الابتدائية . (٢) وقد يكون تصرف المدين المعسر قرضاً أو أى تصرف آخر يجعله مديناً للمتصرف له ، فلا يسرى هذا التصرف أيضاً في حق الدائنين . ويترتب على ذلك أن الدائنين السابقين على الإعسار يتقدمون على الدائنين التاليين للإعسار ، ويستوفى الأولون حقوقهم من أموال المدين قبل الآخرين .

(٣) وعند الخلاف في تقدير ثمن المثل يرجع إلى رأى الخبراء (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٣) .

التوزيع^(١) . وهذا الاستثناء لا ضرر فيه على الدائنين ، فقد بيع مال المدين بثلثي مثله ووزع الثمن على الدائنين . وفيه خير للمدين ، فقد ترك بصفى ماله بنفسه ، ولم يبخل فيه كما كان يحتمل أن يبخل لو بيع المال في المزاد العلني ، ووفر على نفسه وعلى دائنيه نفقات البيع الجبرى^(٢) .

٧٠٩ - مآلاته يعاقب فيهما المدين المعسر بعقوبة التبذير : ومن

مميزات شهر إعسار المدين أن المدين يصبح بعد شهر إعساره عرضة للعقوبة الجنائية إذا ارتكب أعمالاً معينة^(٣) . فقد نصت المادة ٢٦٠ مدني على حالتين يعاقب فيها المدين المعسر بعقوبة التبذير :

(الحالة الأولى) إذا رفع دائن عليه دعوى بالدين قبل أن يشهر إعساره ، ثم حكم عليه بالدين . فتعمد ، قبل الحكم بالدين أو بعده ، أن يعسر بقصد الإضرار بدائنيه ، بأن بدد ماله أو أخفاه أو اصطنع ديوناً صورية أو نحو ذلك من التصرفات التي تؤدي إلى إعساره ، وذلك تهرباً من تنفيذ الحكم الذي صدر أو سيصدر . فلهذه الجريمة إذن ركنان : (١) ركن مادي هو الحكم بالمدىونية وحكم بشهر الإعسار مقترن بالحكم بالمدىونية أو لاحق له . (٢) وركن معنوي هو تعمد الإعسار إضراراً بالدائنين وتهرباً من تنفيذ الحكم بالمدىونية . ومن القرائن على هذا التعمد أن يكون إعسار المدين قد حدث أثناء نظر دعوى المدىونية أو عقب صدور الحكم بالمدىونية . وإعسار المدين على هذا النحو شبيه

(١) ونظير هذا الاستثناء ما نصت عليه المادة ٢٤١ مدني في الدعوى البولصية من أنه «إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل ، وقام بإيداعه خزانة المحكمة» (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٥٢ ص ٢١٤) .

(٢) وكان المشروع التمهيدى يتضمن استثناء آخر ورد في المادة ٣٤٥ من هذا المشروع ، يجيز للمدين بموافقة أغلبية من الدائنين تمثيل ثلاثة أرباع الديون أن يبيع كل ماله أو بعضه ، على أن يخصص الثمن لوفاء ديونه . وقد كان هذا ضرباً من التصفية يشبه التصفية في الإفلاس التجاري . ولكن هذا الاستثناء حذف في لجنة المراجعة (انظر آنفاً فقرة ٧٠٧ في الهامش) .

(٣) وهذا شبيه بالإفلاس بتدليس أو بتقصير ، حيث يكون التاجر المفلس عرضة للعقوبة الجنائية . ولكن الإعسار ، بخلاف الإفلاس ، لا يترتب عليه سقوط بعض الحقوق السياسية عن المعسر كحقه في الانتخاب أو الترشيح للمجالس النيابية .

بالافلاس مع التدليس ، ويعاقب مثله عقوبة جنائية .

(الحالة الثانية) إذا حكم على المدين المعسر بشهر الاعسار ، فعمد إلى الاضرار بدائنيه عن طريق أحد الأعمال الآتية : (١) إخفاء بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها ، ويكون ذلك على الأخص في المنقولات فانه يسهل إخفاؤها . ولا يعتبر إخفاء للمال مجرد التصرف فيه ، فقد رأينا أن التصرف لا يضر الدائنين إذ هو غير نافذ في حقهم . (٢) اصطناع ديون صورية حتى يزيد مقدار ديونه فيضر دائنيه بانقاص النصيب الذي يحصل عليه كل منهم عند التنفيذ . وتكون هذه الديون الصورية سابقة على الاعسار ، والالم تكن نافذة في حق الدائنين فلا تضر بهم^(١) (٣) اصطناع ديون مبالغ فيها ، وهنا الديون تكون جدية لاصورية ولكن يبالغ في مقدارها . مثل ذلك أن يعمد المدين إلى تغيير مسندات بالدين عليه سابقة على الاعسار ، فيضاعف قيمتها حتى ينقص من نصيب الدائنين الآخرين^(٢) . وظاهر أن هذه الأعمال الثلاثة - إخفاء المال واصطناع الديون الصورية واصطناع الديون المبالغ فيها - هي الأعمال التي يخشى أن تصدر من المدين المعسر ، وهي أشد الأعمال إضراراً بدائنيه . ولذلك جعل المشرع الجزاء عليها عقوبة جنائية تتناسب مع طبيعتها ، فالمدين الذي يأتي عملاً من هذه الأعمال إنما يبدد الأموال التي تعلق بها حقوق الدائنين . والجريمة هنا ، كالجريمة في الحالة الأولى ، لها ركنان : ركن مادي هو صدور حكم بشهر الاعسار يتلوه عمل من هذه الأعمال الثلاثة التي سبق ذكرها ، وركن معنوي هو قصد الاضرار بالدائنين وهذا القصد يفترض وجوده وما صدر من عمل من المدين المعسر يقوم قرينة على ذلك . وهنا أيضاً يكون المدين المعسر كالتاجر المفلس بالتدليس ، ويعاقب مثله عقوبة جنائية^(٣) .

(١) ونرى أن الدائن الصوري إذا كان متواطئاً مع المدين ، بأن كان عالماً بشهر إعساره وأنه إنما أراد الإضرار بدائنيه ، يعتبر شريكاً للمدين في الجريمة ، ويعاقب مثله بعقوبة التبديد . (٢) ونرى أيضاً في هذه الحالة أنه إذا كان الدائن الذي بالغ في قيمة دينه متواطئاً مع المدين المعسر على النحو الذي قدمناه في الصورية ، فانه يعتبر شريكاً له ، ويعاقب مثله بعقوبة التبديد . وغنى عن البيان أن الدائنين هم المكلفون بإثبات كل من الصورية والمبالغة في مقدار الديون ، ويستطيعون الإثبات بجميع الطرق لما يلابس العمل من غش . (٣) وقد قدمنا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن حالة ثلاثة يعاقب فيها المدين المعسر بعقوبة التبديد ، هي حالة ما إذا غير موطنه ولم يخطر كاتب المحكمة بالتغيير غشاً ، ولكن لجنة المراجعة =

٧١٠ - تقرير نفقة للمدين المعسر : وهنا تظهر إحدى فوائد شهر الاعسار للمدين المعسر نفسه . فهو ، إذا لم يكن قد شهر إعساره ، جاز للدائنيه أن يحجزوا على جميع أمواله ، فيما عدا الأموال التي لا يجوز الحجز عليها وقد سبق بيانها . أما إذا شهر إعسار المدين ، فبالإضافة إلى الأموال التي لا يجوز الحجز عليها وتبقى غير قابلة للحجز بعد شهر الإعسار ، يستطيع المدين ، إذا كان الدائنون قد أوقعوا الحجز على إيراداته فبقى دون مورد يعيش منه ، أن يقدم عريضة لرئيس المحكمة المختصة بشهر الإعسار - أى المحكمة التي بها موطنه - يطلب فيها أن يقرر له نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة (م ٢٥٩ مدنى) . فإذا قدر له رئيس المحكمة النفقة المطلوبة ، بأمر على العريضة التي قدمها ، جاز له أن يتظلم من هذا التقدير ، إذا رآه غير كاف ، إلى المحكمة فى مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره ، وجاز أيضاً للدائنين أن يتظلموا من التقدير ، إذا رأوه مبالغاً فيه ، إلى المحكمة فى مدة ثلاثة أيام من تاريخ إعلانهم بأمر التقدير (م ٢٥٩ مدنى) . ويجوز التظلم من كلا الطرفين إلى الأمر نفسه - رئيس المحكمة - أولاً ، وبحكم الرئيس فى التظلم على وجه السرعة بتأييد الأمر أو بالغاءه ، ويكون حكمه قابلاً لطرق الطعن المقررة للأحكام التي تصدر على وجه السرعة (م ٣٧٥ مرافعات)^(١) . ويبقى المدين المعسر يتقاضى النفقة المقدرة إلى أن تنتهى تصفية أمواله ، ولا يبقى الدائنون منها إلا الأموال التي لا يجوز الحجز عليها كما سبق القول ، وغنى عن البيان أن تقرير النفقة لا يمنع من بيع المال الذى يتقاضى المدين النفقة من ريعه .

المبحث الثانى

بالنسبة إلى الدائنين

٧١١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٥٥ من التقنين المدنى

= حذفت هذه الحالة حتى لا تتوسع فى توقيع العقوبات الجنائية (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٨ - ص ٦٨٩ - وانظر آنفاً فقرة ٧٠٧ فى الهامش) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٥ -

ص ٦٨٦ .

على ما يأتي :

« ١ - يترتب على الحكم بشهر الإعسار أن يحل كل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة . ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل » .

« ٢ - ومع ذلك يجوز للقاضي أن يحكم ، بناء على طلب المدين وفي مواجهة ذوى الشأن من دائنيه ، بابقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة ، كما يجوز له أن يمنح المدين أجلاً بالنسبة إلى الديون الحالية ، إذا رأى أن هذا الإجراء تبرره الظروف ، وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً » .
وتنص المادة ٢٥٦ على ما يأتي :

« ١ - لا يحول شهر الإعسار دون اتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد المدين » .

« ٢ - على أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل » (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٥٥ : ورد هذا النص في المادتين ٣٤٠ و ٣٤١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة ، وأصبح رقمها ٢٦٧ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٥ - ص ٦٧٧) .

م ٢٥٦ : ورد هذا النص في المادتين ٣٤٢ و ٣٤٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأدمجتا في لجنة المراجعة في مادة واحدة تحت رقم ٢٦٨ من المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ قال أحد الأعضاء إن استبقاء الإجراءات الفردية للدائنين بعد شهر الإعسار يفقد نظام الإعسار قيمته ، ولكن اللجنة آثرت استبقاء نظام الإعسار على هذا الوجه من الإجراءات الفردية ، وفصلت ذلك على الإجراءات الجماعية المتبعة في الإفلاس التجارى . ووافقت اللجنة على النص كما هو تحت رقم ٢٥٦ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٨ - ص ٦٨٠) .

المادتين ٢٥٥ - ٢٥٦ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٧٣ و ٢٧٥ (١) .

وهذه النصوص تكفل حماية الدائنين بعضهم من بعض وتحقق لهم المساواة جميعاً ، مع إبقاء المدين قائماً على ماله دون أن ترفع عنه يده بخلاف التاجر المفلس . ويتحقق ذلك بالطرق الآتية : (١) تكون الإجراءات التي يتخذها الدائنون للتنفيذ على المدين المعسر إجراءات فردية ، لا إجراءات جماعية . (٢) تسقط آجال الديون المؤجلة كبداً عام ، تحقيقاً للمساواة بين الدائنين ، ولكن قد تبقى هذه الآجال ، وقد تمد ، بل وقد تمنح آجال للديون الحالية . (٣) لا تنفذ حقوق الاختصاص التي قد يأخذها بعض الدائنين في حق الدائنين الآخرين ، وذلك تحقيقاً للمساواة ، هنا أيضاً ، بين الدائنين .

ونستعرض كلا من هذه المسائل الثلاث .

٧١٢ — إجراءات فردية وإجراءات جماعية : تقضى الفقرة الثانية

من المادة ٢٥٦ بأنه « لا يحول شهر الإعسار دون اتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد المدين » . وهنا يتجلى المقوم الأساسي للإعسار المدني ، فهو ليس كالإفلاس التجارى يؤدي إلى إجراءات جماعية . فالمدين المعسر لا ترفع يده عن ماله ، بل يبقى قائماً على إدارته ، وهذا بخلاف التاجر المفلس فان أمواله تنزع من يده وتنتقل إلى حيازة السنديك . وفي الإعسار لا يعين سنديك ، ولا يجتمع الدائنون في اتحاد (union) ، كما يجرى الأمر في الإفلاس . فيبقى دائنو المدين المعسر كل منهم مستقل عن الآخر ، ولا تتخذ إجراءات جماعية للتنفيذ ، بل يقوم كل

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٥٥-٢٥٦ (مطابقتان

للمادتين ٢٥٥ و ٢٥٦ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٧٣ (موافقة للمادة ٢٥٥ من التقنين المدني المصري) .

م ٢٧٥ — يجوز لكل دائن ، بعد الحكم بالحجز ، أن يتخذ باسمه خاصة ما يلزم من الإجراءات لاستخلاص حقه ، مع عدم الإخلال بما لسائر الدائنين من مصلحة تطلعت بالحجز على أموال المدين . (وحكم هذا النص موافق لحكم الفقرة الأولى من المادة ٢٥٦ من التقنين المدني المصري . ولم يعرض التقنين العراقي لعدم نفاذ حقوق الاختصاص لأنه لا يعرف هذه الحقوق — انظر الدكتور حسن على الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٠٥ و فقرة ١٠٧) .

دائن على مصلحته بنفسه ، فيتخذ باسمه خاصة من الإجراءات الفردية ما يسمح به القانون . فلكل دائن أن يحجز على أموال المدين ، ما كان موجوداً منها قبل شهر الإعسار وما استجد بعده . ولكل دائن أن يبادر قبل غيره إلى استيفاء حقه من أموال المدين ، فإذا لم يتمكن الدائنون الآخرون من اللحاق به ومزاحمته عند التوزيع ، فقد يستوفى حقه كاملاً دونهم . فالمساواة إذن بين الدائنين إنما هي مساواة قانونية لا مساواة فعلية ، والقانون يعتبر الدائنين متساوين جميعاً ولكن لا يمنع من أن يتخذ أحدهم إجراءات فردية يسبق بها الآخرين .

على أن القانون كفّل للدائنين المساواة الفعلية من وجهين : (١) إسقاط آجال الديون (٢) عدم نفاذ حقوق الاختصاص .

٧١٣ - أعمال الديون : إذا شهر إعسار المدين ، كان ذلك إشعاراً للدائنين بأن يبادروا إلى التنفيذ على أمواله ، حتى يدركوا منها ما يستطيعون أن يستوفوا به أكبر نصيب من حقوقهم . ومن ثم يكون الدائن ذو الحق المؤجل في مركز بالغ الدقة ، فهو لا يستطيع المبادرة إلى التنفيذ لأن حقه لم يحل ، ولا يستطيع الانتظار إلى أن يحل الأجل خشية أن تستنفد الديون الحالة جميع أموال المدين . لذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٥٥ على أنه « يترتب على الحكم بشهر الإعسار أن يحل كل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة ، ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل » . فمجرد صدور الحكم بشهر إعسار المدين يترتب عليه سقوط الأجل في الديون المؤجلة ، وتصبح هذه الديون حالة تجوز المبادرة إلى التنفيذ بها ، وبذلك تتحقق المساواة ما بين الديون المؤجلة والديون الحسالة . وحتى لا يغبن المدين وأصحاب الديون الحالة من حلول الديون المؤجلة قبل انقضاء الأجل ، نص القانون على أن يخصم من هذه الديون المؤجلة التي حلت بشهر الإعسار مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل . فإذا كان الدين المؤجل يستحق الدفع بعد سنة من وقت صدور حكم شهر الإعسار ، وكان يشتمل على فائدة اتفاقية مقدارها ٦ ٪ ، فإن الدين يصبح حالا بعد أن يخصم منه مقدار هذه الفائدة الاتفاقية . فان كان لم يشتمل على فائدة اتفاقية وكان واجب الدفع بعد سنة ، أصبح حالا بعد أن يخصم منه مقدار الفائدة القانونية بسعر ٤ ٪ أو ٥ ٪ بحسب

ما يكون ديناً مدنياً أو تجارياً . أما إذا كان الدين واجب الدفع بعد سنة ، وكان المتفق عليه أن يدفع في هذا الميعاد مع فائدة مقدارها ٦ ٪ مثلاً ، فانه يصبح حالاً دون خصم ودون فائدة .

هذه هي القاعدة . ولكن يصح أن تكون ظروف المدين بحيث تستوجب الرفق به . وعند ذلك يجوز للمدين ، بعد أن سقط أجل الدين بقوة القانون بمجرد صدور حكم الإعسار ، أن يطلب من القاضي ، في مواجهة الدائن ذى الشأن أى صاحب الدين الذى سقط أجله ، إبقاء الأجل كما كان . ويجوز له فوق ذلك أن يطلب مد هذا الأجل ، بل يجوز له أن يطلب ، في مواجهة الدائنين أصحاب الديون الحالة ، أن يمنح أجلاً يمكنه من تحين الفرصة المناسبة لتصفية أمواله على خير وجه لمصلحته هو ولمصلحة الدائنين معه . ويجيبه القاضي إلى ما طلب من كل ذلك إذا رأى أن الظروف تبرر إجابة هذا الطلب ، وأن من مصلحة المدين والدائنين جميعاً ألا يبادر الدائنون إلى التنفيذ على أموال المدين في ظروف غير مناسبة فتنزل قيمتها ، وأن من الخير التربص لفرصة مواتية تباع فيها هذه الأموال بأعلى قيمة فيعود ذلك بالنفع على كل من الدائنين والمدين . ويحقق هذا في الإعسار المدنى بعض ما يحققه الصلح مع الدائنين (concordat) في الإفلاس التجارى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

على أنه ليس بدعاً أن يمنح القاضي للمدين أجلاً حتى في الديون الحالة ، وبالأولى أن يمد الأجل القائم أو يبقى على الأجل الموجود . فليس هذا إلا ضرباً من نظرة المدين إلى ميسرة (délai de grâce) ، يفعله القاضي حتى لو لم يكن المدين قد شهر إعساره ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ مدنى على ما يأتى : « على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم » .

٧١٤ - عزم نفاذ مقرون الاختصاص : ونص القانون على وسيلة

أخرى أبعد أثراً في تحقيق المساواة الفعلية بين الدائنين . فقضت الفقرة الثانية من المادة ٢٥٦ ، كما رأينا ، بأنه « لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على

عقارات المدين بعد هذا التسجيل . ذلك أن الدائنين يبادرون عادة ، بمجرد شهر إعسار مدينهم ، إلى أخذ حقوق اختصاص على عقاراته عن طريق الإجراءات الفردية التي لم ينقطع حقهم فيها كما قدمنا ، وذلك كي يكفلوا لأنفسهم التقدم على الدائنين الذين لم يتمكنوا من أخذ حقوق اختصاص . وقد أصبحت هذه الإجراءات أكثر إخلالاً بالمساواة بين الدائنين بعد أن اشترط التقنين المدني الجديد (م ١٠٨٥) أن يكون بيد الدائن حكم واجب التنفيذ حتى يستطيع أخذ حق اختصاص ، فلا بد والحالة هذه من أن الدائنين الذين بيدهم أحكام واجبة التنفيذ يبادرون إلى أخذ حقوق اختصاص على عقارات مدينهم المعسر ، ينتغون بذلك أن يتقدموا على الدائنين الذين لم تتح لهم الظروف أن تكون بأيديهم أحكام واجبة التنفيذ . فحتى تتحقق المساواة بين الدائنين قضى القانون ، كما رأينا ، بالاحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل . فإذا بادر دائن بيده حكم واجب التنفيذ إلى أخذ حق اختصاص ، فإن حق الاختصاص هذا لا يكون نافذاً في حق الدائنين ذوى التواريخ الثابتة السابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . أما إذا كان حق الاختصاص سابقاً على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فإنه ينفذ بطبيعة الحال في حق جميع الدائنين . ويتبين مما قدمناه أن الدائنين السابقين على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا يخشون أن يتقدم أحدهم على الآخرين بأخذ حق اختصاص . ولكن قد يكون لمن حصل منهم على حكم واجب التنفيذ مصلحة في أن يبادر إلى أخذ حق اختصاص على عقارات المدين ، حتى إذا ما انتهت حالة الإعسار بسبب من أسباب انتهائها كما سيأتى ، واستجد للمدين دائنون آخرون بعد انتهاء حالة الإعسار ، كان حق الاختصاص نافذاً في حق هؤلاء الدائنين الذين استجدوا ، كما سئرى .

الفرع الثالث

انتهاء حالة الإعسار

٧١٥ - **مسألته** : نتكلم في مسألتين : (١) كيف تنتهى حالة الإعسار (٢) وما الذى يترتب على انتهائها .

المبحث الأول

كيف تنتهى حالة الاعسار

٧١٦- **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٦١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

١- تنتهى حالة الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين ، بناء على طلب كل ذى شأن ، فى الحاليتين الآتيتين : (ا) متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله (ب) متى قام المدين بوفاء ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر فى حلولها ، وفى هذه الحالة تعود آجال الديون التى حلت بشهر الاعسار إلى ما كانت عليه وفقاً للمادة ٢٦٣ .

٢- ويؤشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه بالحكم الصادر بانتهاء حالة الإعسار يوم صدوره على هامش التسجيل المنصوص عليه فى المادة ٢٥٣ ، وعليه أن يرسل صورة منه إلى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به كذلك .

وتنص المادة ٢٦٢ على ما يأتى :

«تنتهى حالة الإعسار بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار^(١)» .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٦١ : ورد هذا النص فى المادتين ٣٤٩ و ٣٥٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن حالة ثالثة لانتهاء الإعسار بموجب حكم قضائى : «متى قبل الدائنون أو بعضهم إبراء المدين من بعض ديونه بحيث لايزيد الباقي فى ذمته من الديون على ما عنده من مال» ، وفيما عدا أن المشروع التمهيدى لم يكن ينص على إرسال صورة من حكم لإنهاء حالة الإعسار إلى قلم كتاب محكمة مصر . وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان فى مادة واحدة ، وحلقت الحالة الثالثة المشار إليها لدخولها فى الحالة الأولى ، وأضيف النص على إرسال صورة الحكم إلى قلم كتاب محكمة مصر ، فأصبحت المادة مطابقة لما =

ولا مقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢٦١ — ٢٦٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٧٨ (١) .

ويخلص من هذه النصوص أن هناك طريقين لانتفاء حالة الإعسار :
(١) فأما أن تنتهي هذه الحالة بحكم يصدر قاضياً بانتهائها (٢) وإما أن تنتهي بقوة القانون بعد انقضاء مدة معينة .

= استقرت عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمها ٢٧٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩١ — ص ٦٩٣) .

م ٢٦٢ : ورد هذا النص في المادة ٣٥١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٧٤ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٤ — ص ٦٩٥) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٦١ (مطابقة للمادة ٢٦١ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أن نص التقنين السوري أغفل أن يذكر إرسال صورة الحكم بإنهاء الإعسار إلى ديوان وزارة العدل) .

م ٢٦٢ (مطابقة للمادة ٢٦٢ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي : م ٢٧٨ — ينهى الحجز بحكم تصدره محكمة البداءة ، بناء على طلب كل ذى شأن ، في الحالات الآتية : ١ — متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله . ٢ — متى قبل الدائنون أو بعضهم إبراء المدين من بعض ديونه بحيث يصبح الباقي في ذمته من الديون لا يزيد على ما عنده من مال . ٣ — متى قام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون للحجز أثر في حلها ، وفي هذه الحالة تعود آجال الديون التي حلت بالحجز إلى ما كانت عليه من قبل ، بشرط أن يكون المدين قد وفى جميع أقساطها التي حلت . ٤ — متى انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم الصادر بالحجز . (ويختلف هذا النص عن نص التقنين المصري في أمرين : ١ — بقيت في التقنين العراقي حالة إبراء المدين من بعض الديون ، وكانت موجودة كما رأينا في المشروع التمهيدى للتقنين المصري ولكنها حذفت في لجنة المراجعة لدخولها في الحالة الأولى كما تقدم القول . ٢ — في انتهاء الإعسار بانقضاء مدة معينة ، يختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أن التقنين العراقي يستلزم حكماً بإنهاء الإعسار ويكتفى بانقضاء ثلاث سنوات ، أما التقنين المصري فلا يستلزم حكماً في هذه الحالة بل ينتهى فيه الإعسار بقوة القانون ولكنه يتطلب خمس سنوات لا ثلاثاً . قارن الدكتور حسن على الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٠٨ ، وانظر فقرة ١٠٩) .

٧١٧ - انتهاء حالة الإعسار بموجب حكم قضائي : تنتهي حالة

الإعسار بموجب حكم قضائي في أحد فرضين : (أولاً) إذا ثبت أن المدين قد أيسر يساراً تاماً ، فأصبحت أمواله تفي بجميع ديونه ، ما كان حالاً منها وقت شهر إعساره وما حل بسقوط الأجل بسبب شهر الإعسار . وقد يتحقق ذلك لو أن المدين المعسر تلقى ميراثاً أو وصية ، فأصبحت أمواله تربي على ديونه أو تفي بها . وقد يتحقق ذلك أيضاً إذا قبل الدائنون أو بعضهم إبراء المدين من بعض ديونه بحيث يصبح الباقي في ذمته من الديون لا يزيد على ما عنده من مال (١) .

(ثانياً) إذا ثبت أن المدين قد وفي بجميع ديونه التي كانت حالة وقت طلب إنهاء حالة الإعسار ، سواء كانت هذه الديون ديوناً حالة وقت شهر الإعسار أو حلت بعد ذلك بانقضاء أجلها . أما الديون التي اعتبرت حالة عن طريق إسقاط أجلها بسبب شهر الإعسار ، ولم يكن هذا الأجل قد انقضى وقت طلب إنهاء حالة الإعسار ، فإنها لا تدخل في هذا الحساب ، وذلك لأن هذه الديون سيعود إليها الأجل الذي سقط ، كما سنرى ، فتصبح غير حالة وقت طلب إنهاء حالة الإعسار . وظاهر أن المدين إذا كان قد وفي بجميع الديون المشار إليها ، فإنه يصبح في حالة كان لا يستطيع معها طلب شهر إعساره ، وهذا هو المبرر لانتهاء حالة الإعسار في هذا الفرض . ولكن لا يكفي أن يكون عند المدين مال كاف للوفاء بهذه الديون ، بل يجب أن يكون المدين قد وفاها فعلاً كما رأينا (٢) . وفي هذا يختلف الفرض الثاني عن الفرض الأول ، فقد تقدم في الفرض الأول أنه يكفي أن تكون أموال المدين قد أصبحت تفي بجميع ديونه دون حاجة إلى وفاء هذه الديون بالفعل .

وإذا تحقق فرض من هذين الفرضين ، فإن حالة الإعسار لا تنتهي بقوة القانون ، بل لا بد من صدور حكم بانتهاء هذه الحالة . وهذا الحكم ، كالحكم بشهر الإعسار ، منشيء لا كاشف ، ويقبل الطعن فيه بالطرق المقررة قانوناً

(١) انظر هذه الحالة في المشروع التمهيدى للتقنين المدني ، وقد حذفت كحالة مستقلة لأنها لا تعدو أن تكون تطبيقاً للحالة الأولى كما نرى (انظر آنفاً فقرة ٧١٦ في الهامش) .

(٢) وذلك في مقابل أن الديون التي سقطت آجالها بسبب شهر الإعسار ستعود ديوناً مؤجلة كما كانت .

وفي المواعيد العادية . ويصدر من المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين ، وتكون عادة هي المحكمة التي أصدرت الحكم بشهر إعساره ، ما لم يكن المدين قد غير موطنه . ويصدر بناء على طلب كل ذى شأن . وأول ذوى الشأن في هذا الطلب هو المدين نفسه ، فمن مصلحته ، متى تحقق فرض من الفرضين المتقدمي الذكر ، أن يطلب من المحكمة إصدار حكم بانتهاء إعساره . وقد يكون لأحد الدائنين مصلحة في طلب إنهاء الإعسار ، إذا كان دينه في الأصل وشيك الحلول ، ثم حل هو وغيره من الديون المؤجلة بسبب شهر الإعسار . فإذا انتهت حالة الإعسار بتوفية الديون الحالية ، رجعت الآجال إلى الديون المؤجلة . ولما كان أجل دينه وشيك الحلول كما قدمنا ، فانه يستوفى الدين قبل غيره من أصحاب الديون المؤجلة ، وقد يظفر به كاملاً (١) .

ومتى صدر الحكم بانتهاء حالة الإعسار من المحكمة المختصة ، أشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه ، يوم صدور الحكم ، بانتهاء حالة الإعسار على هامش التسجيل المقيد في السجل الخاص بالمحكمة ذاتها . فإذا كان المدين قد غير موطنه ، ورفعت دعوى إنهاء الإعسار في محكمة موطنه الجديد ، وجب التأشير بالحكم في سجل كل من المحكمتين ، المحكمة التي أصدرت الحكم بانتهاء حالة الإعسار والمحكمة التي أصدرت الحكم بشهر الإعسار . وفي جميع الأحوال يجب أن ترسل صورة من الحكم بانتهاء حالة الإعسار إلى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به كذلك في السجل العام الموجود بهذه المحكمة (٢) .

(١) أما إذا كان دينه قد حل فعلاً بانقضاء أجله ، وأريد إنهاء حالة الإعسار بتوفية الديون الحالية ، فإنه لا يتصور أن يكون الدائن الذي حل دينه هو الذى يطلب ذلك ، لأنه يكون قد استوفى دينه قبل أن يتقدم بهذا الطلب .

هذا وبصح أن يطلب إنهاء الإعسار من تصرف له المدين المعسر ، فإن هذا التصرف ، وإن كان لا يسرى في حق الدائنين ، يبقى قائماً فيما بين المدين ومن تصرف له كما قدمنا . فيستطيع المتصرف له ، بإنهاء حالة الإعسار ، الرجوع على المدين وهو غير معسر .

(٢) انظر في طرق انتهاء حالة الإعسار القانوني المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٨ — ص ٦٩٩ — وقد جاء في هذه المذكرة ، في شأن الحكم الصادر بانتهاء حالة الإعسار ، ما يأتى : « وتتبع في الحكم بانتهاء حالة الإعسار . . . نفس الإجراءات الخاصة بحكم شهر الإعسار . فهو يصدر من المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها آخر محل (موطن) للمدين — ولا يتحتم صدوره من المحكمة التي أصدرت حكم شهر الإعسار . بناء على طلب كل ذى شأن (المدين أو الدائن أو خلف آل إليه مال من المدين) ويقبل الطعن =

٧١٨ - انتهاء حالة الإعسار بقوة القانون : وقد أعطى القانون مهلة

للدائنين لتصفية أموال مدينهم واستيفاء حقوقهم منها ، عن طريق الإجراءات الفردية . فأمامهم خمس سنوات من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار ، وهي مدة كافية لتصفية أموال المدين . ولا يجوز أن يبقى المدين بعد انقضاء هذه المدة في حالة الإعسار التي لحقته ، فان هذه الحالة قد غلت يده عن التصرف في أمواله ، فوجب التوفيق بين مصلحته ومصلحة دائنيه ، فروعيت مصلحة هؤلاء باعطائهم مدة كافية لاستيفاء حقوقهم عن طريق الحجز على أموال مدينهم ، وروعيت مصلحة المدين بانتهاء حالة الإعسار بقوة القانون بمجرد انقضاء هذه المدة .

وغنى عن البيان أنه بمجرد انقضاء الخمس السنوات من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار تنتهى حالة الإعسار دون حاجة إلى استصدار حكم بذلك ، بل ودون حاجة إلى التأشير بذلك على هامش التسجيل ، إذ يسهل على كل ذى مصلحة يبحث حالة المدين أن يحسب انقضاء الخمس السنوات المذكورة بمجرد اطلاعه على تاريخ تسجيل التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار .

المبحث الثانى

ما يترتب على انتهاء حالة الإعسار

٧١٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٦٣ من التقنين المدنى

على ما يأتى :

« يجوز للمدين بعد انتهاء حالة الإعسار أن يطلب إعادة الديون التي كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار ولم يتم دفعها إلى أجلها السابق ، بشرط أن يكون قد وفى ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر فى حلولها » .

فيه بالطرق نفسها، ولكن فى المواعيد العادية، لأن المدد القصيرة لا يلجأ إليها إلا حيث تقتضى ذلك ضرورة الاستعجال عند شهر الإعسار . ويضجل هذا الحكم إدارياً فى اليوم الذى يصدر فيه فى هامش تسجيل حكم شهر الإعسار ، وبهذا تم العلانية الواجبة له بالنسبة لذوى الشأن كافة (م ٣٥٠ من المشروع) « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٩) .

وتنص المادة ٢٦٤ على ما يأتي :

« انتهاء حالة الإعسار بحكم أو بقوة القانون لا يمنع الدائنين من الطعن في تصرفات المدين ولا من التمسك باستعمال حقوقه وفقاً للمواد من ٢٣٥ إلى ٢٤٣^(١) .
ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢٦٣-٢٦٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٧٩^(٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٦٣ : ورد هذا النص في المادة ٣٥٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يجوز للمدين بعد انتهاء حالة الإعسار ، أو بعد وفاء الديون التى حلت دون أن يكون لإشهار الإعسار أثر فى حلولها ، أن يطلب إعادة الديون ، التى كانت قد حلت بسبب إشهار الإعسار ولم يتم دفعها ، إلى أجلها السابق ، بشرط أن يكون قد وفى جميع أقساطها التى حلت » . وفى لجنة المراجعة حذفت عبارة « أو بعد وفاء الديون التى حلت دون أن يكون لإشهار الإعسار أثر فى حلولها » ، لأنها وردت فى الحالة (ب) من المادة ٣٤٩ (م ٢٩١ من التقنين الجديد) . وأصبحت المادة رقمها ٢٧٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ « استبدلت عبارة : « قد وفى ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر فى حلولها » بعبارة : « قد وفى جميع أقساطها التى حلت » ، لأن العبارة الأولى أوضح وأدق فى بيان المقصود ، فضلاً عما فى العبارة الثانية من إيهام قد يوحى بأن ما وقع عليه الوفاء هو أقساط الديون التى كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار مع أن المقصود غير ذلك . وأصبحت المادة رقمها ٢٦٣ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٦ — ص ٦٩٧) .

م ٢٦٤ : ورد هذا النص فى المادة ٣٥٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ليس للدائنين أن يطعنوا فيما يقوم به المدين بعد انتهاء حالة الإعسار من تصرف فى ماله أو من وفاء لديونه ، إلا إذا انطوى هذا التصرف أو الوفاء على الغش ، وبالقدر الذى يسمح به القانون » . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة تعديلاً أكثر دلالة على المعنى المراد ، فأصبحت مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين المدني الجديد ، وصار رقمها ٢٧٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٨ — ص ٧٠٠) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٦٣-٢٦٤ (مطابقتان

لنص المادتين ٢٦٣-٢٦٤ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني العراقى : م ٢٧٩ — يكون للمدين الحق ، بمقتضى الحكم الصادر بانتهاء الحجر ، أن يحصل من دائرة الإجراء على قرار برفع الحجر الموقع على أمواله بسبب الحجر ، وهذا دون إخلال بما اتخذته كل دائن من الإجراءات على أموال المدين باسمه خاصة ولمصلحته وحده . (ويلاحظ أن التقنين العراقى ينهى حالة الإعسار بطريقة تتفق مع توقيع الحجر بعد الحجر ، فالمدين يحصل من دائرة الإجراء على قرار برفع الحجر . ويحتفظ لكل دائن بما يكون قد سبق

ويخلص من هذه النصوص أن حالة الإعسار متى زالت زالت معها الآثار التي كانت قد ترتبت عليها . ومن هذه الآثار التي تزول نذكر بنوع خاص سقوط أجل الدين ، فيعود الدين إلى أجله السابق . كذلك المدين الذي تزول حالة إعساره بحكم قضائي أو بقوة القانون قد ينتقل من حالة إعسار قانونية إلى إعسار فعلي ، فيبقى خاضعاً لأحكام الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية اللتين لا تتطلبان إلا الإعسار الفعلي على ما قدمنا .

فنتعرض إذن مسائل ثلاثاً : (١) زوال الآثار التي ترتبت على شهر الإعسار بوجه عام . (٢) رجوع الأجل بعد سقوطه . (٣) خضوع المدين بعد زوال حالة إعساره لأحكام الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية .

٧٢٠ — زوال الآثار التي ترتبت على شهر حالة الإعسار : رأينا

أن هناك آثاراً ترتبت على شهر حالة الإعسار . فالمدين قد غلت يده عن التصرف في ماله ، وأصبح معرضاً لعقوبة التبديد في حالتين معينتين سبق ذكرهما، وقد يكون حصل على أمر بتقرير نفقة له من إيرادات أمواله المحجوزة . والدائنون لا يحتاج بعضهم على بعض بحقوق الاختصاص التي تكون قد أخذت بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، وقد سقطت آجال ديونهم إن لم تكن قد استبقيت أو مدت أو منحت آجال للديون الحالة .

هذه الآثار كلها تبقى ببقاء حالة الإعسار ، فإذا ما زالت هذه الحالة بحكم قضائي أو بقوة القانون ، فإن الآثار التي ترتبت عليها تزول بزوالها . ومن ثم يعود للمدين حق التصرف في أمواله ، فتتفد تصرفاته في حق دائنيه ، ولكن يبقى للدائنين أن يباشروا الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية كما سيأتي . ولا يصبح المدين معرضاً لعقوبة التبديد، حتى لو أخفى ماله عن دائنيه أو اصطنع ديوناً صورية أو ديوناً مبالغاً فيها أو تعمد الإعسار، ولا يكون معرضاً في كل ذلك إلا لأحكام دعوى الصورية والدعوى البولصية ، وذلك ما لم يشهر إعساره من

= له اتخاذ من إجراءات فردية . ولم يعرض التقنين العراقي لعودة الأجل الساقط . كذلك لم يعرض للدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ، ولكن ما عرض له التقنين المصري من ذلك ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة — انظر الأستاذ حسن على الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي . فقرة ١١٠) .

جديد فيترتب على الحكم الجديد بشهر الإعسار آثاره المعروفة . كذلك تنقطع النفقة التي قد تكون قدرت له ، فان النفقة لا تبقى إلا ببقاء حالة الإعسار القانوني . أما حقوق الاختصاص التي كان الدائنون قد أخذوها بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فانها تصبح نافذة في حق الدائنين الذين استجدوا بعد انتهاء حالة الإعسار ، ولكنها تبقى غير نافذة في حق الدائنين السابقين على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار (١) .

وننتقل الآن إلى رجوع الأجل بعد سقوطه .

٧٢١ - رجوع الأجل بعد سقوطه : متى زالت حالة الإعسار ،

زال أثرها في إسقاط أجل الدين ، وعاد الدين إلى أجله السابق . ونستعرض ، لبيان ذلك تفصيلاً ، الفروض التي تزول فيها حالة الإعسار :

فان زال الإعسار بحكم قضائي بسبب قيام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر في حلولها ، فان الديون الباقية التي لم توف - والتي كانت آجالها قد سقطت بشهر الإعسار - تعود إلى آجالها السابقة ، فتصبح ديوناً مؤجلة غير حالة ، ولا تحمل إلا بانقضاء آجالها انقضاء طبيعياً بانقضاء المدة لاعتبار طريق سقوط الأجل . وتقضي بهذا كل من المادتين ٢٦١ فقرة أولى و ٢٦٣ .

وإن زال الإعسار بحكم قضائي بسبب كفاية أموال المدين للوفاء بديونه الحالية منها والمؤجلة ، كانت هذه الديون طائفتين : (١) طائفة حل أجلها حلولاً

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى ما يأتي : «ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا ينفذ أى اختصاص يترتب على عقارات المدين في حق دائنيه ذوى الديون الثابتة التاريخ قبل هذا التسجيل . وقد أريد بهذا النص ضمان المساواة بين الدائنين السابقة حقوقهم على تلك الدعوى ، على نحو يزيلهم من عناء التزاحم والتدافع . ويكون لحق الاختصاص ، فيما عدا ذلك ، جدواه بالنسبة للدائنين من أصحاب الحقوق السابقة على الدعوى ، فيما لو انتهت حالة الإعسار (م ٣٤٩ من المشروع) ، فلمن يحصل منهم على هذا الحق أن يحتج به على من تنشأ ديونهم بعد انتهاء حالة الإعسار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٨ - ص ٦٧٩) . وقارن ما جاء في المذكرة الإيضاحية في موضع آخر : «ويلاحظ من ناحية أخرى أن رخصة الاختصاص بعقارات المدين تعود إليهم ، ويكون ما ترتب من الحقوق بمقتضاها نافذاً في حق كل دائن ليس لدينه تاريخ ثابت عند رفع دعوى شهر الإعسار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٩) .

طبيعياً ، أما لأنها كانت حالة وقت شهر الاعسار وأما لأنها حلت بعد ذلك بانقضاء مدة الأجل لا بسقوطه . فهذه الديون تكون حالة مستحقة الأداء، وعلى المدين الذى زالت حالة إعساره الوفاء بها ، والاتخذ الدائنون إجراءات التنفيذ الجبرى واستوفوا حقوقهم من أمواله ، وهى تكفى فرضاً للوفاء لا بالديون الحالة وحدها ، بل بها وبالديون المؤجلة . (٢) وطائفة لم يحل أجلها ، وإنما كان الأجل قد سقط بشهر الاعسار . هذه الديون إذا كانت لم توف ، تعود إليها آجالها السابقة بموجب المادة ٢٦٣ — لا المادة ٢٦١ فقرة أولى — فترجع ديوناً مؤجلة ، وعند انقضاء مدة الأجل تكون مستحقة الأداء، وعلى المدين الوفاء بها . والمفروض أن عنده من المال ما يكفى لذلك^(١) ، فإن لم ينفذ طوعاً اتخذت اجراءات التنفيذ الجبرى . ويشترط لرجوع الآجال بعد سقوطها — كما تقضى صراحة المادة ٢٦٣ — أن يكون المدين قد وفى ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر فى حلولها ، أى أن يكون قد وفى الطائفة الأولى من الديون .

وإن زال الاعسار بقوة القانون — بانقضاء خمس سنوات من تاريخ التأشير بحكم شهر الاعسار — وفى المدين الديون التى حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر فى حلولها على النحو الذى قدمناه ، كان من حقه أن يطلب — بموجب المادة ٢٦٣ لا المادة ٢٦١ فقرة أولى — إرجاع الآجال السابقة للديون التى تكون آجالها قد سقطت بسبب شهر الاعسار ولم يكن سبق الوفاء بها (٢) .

٧٢٢ — فمضوع المدين بعد زوال حالة إعساره لا يطام الدعوى

غير المباشرة والدعوى البوليسية : قلنا أن المدين الذى زالت حالة إعساره بحكم قضائى أو بقوة القانون يعود له حق التصرف فى ماله . ولكن قد يقع أن هذا

= وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٢٦ — وقارن الأستاذ محسن شفيق فى الإفلاس فقرة ٤٤ .

(١) وهذا ما لم يكن قد أعسر مرة أخرى فى الفترة التى سبقت انقضاء الأجل ، فعند ذلك تجوز العودة إلى شهر إعساره من جديد .

(٢) قارن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٦٩٩ — وهو تشرح المشروع التمهيدى قبل تعديله فى لجنة المراجعة .

المدين الذى زالت حالة إعساره القانونى يبقى مع ذلك معسراً إعساراً فعلياً (١) .
ففى هذه الحالة يصبح المدين خاضعاً لأحكام كل من الدعوى غير المباشرة
والدعوى البولصية . ذلك أن انتهاء حالة الاعسار بحكم قضائى أو بقوة القانون —
كما تقول المادة ٢٦٤ — لا يمنع الدائنين من الطعن فى تصرفات المدين بالدعوى
البولصية ، ولا من التمسك باستعمال حقوقه بالدعوى غير المباشرة ، وذلك كله
وفقاً للمواد ٢٣٥ — ٢٤٣ مدنى ، وهى النصوص التى تبسط أحكام كل من
الدعويين .

فيجوز للدائنين إلى أن يستعملوا حقوق مدينهم المعسر إعساراً فعلياً ، بعد
زوال إعساره القانونى ، عن طريق الدعوى غير المباشرة ، فان الذى يشترط
فى هذه الدعوى هو الاعسار الفعلى دون الاعسار القانونى كما قدمنا .

ويجوز للدائنين كذلك أن يطعنوا فى تصرفات المدين المعسر إعساراً فعلياً ،
بعد زوال إعساره القانونى ، بالدعوى البولصية ، فان الذى يشترط فى هذه
الدعوى أيضاً هو الاعسار الفعلى دون الاعسار القانونى كما سبق القول . وعلى
الدائنين فى هذه الحالة أن يراعوا توافر شروط الدعوى البولصية ، إلا إذا عادوا
إلى شهر إعسار المدين من جديد بعد توافر شروط الاعسار القانونى ، فعند
ذلك لا تسرى تصرفات المدين فى حقهم دون حاجة إلى الطعن فى هذه التصرفات
بالدعوى البولصية .

ويخلص لنا من ذلك أن المدين قد تتعاقب عليه حالتا الاعسار القانونى

(١) ويتحقق ذلك إذا كان زوال حالة الإعسار القانونى قد تم بسبب وفاء الديون التى حلت
دون أن يكون لشهر الإعسار أثر فى حلها ، فقد لا يكون عند المدين مال يكفى للوفاء بالديون
التي عادت إليها آجالها ، فيكون معسراً إعساراً فعلياً . ويتحقق أيضاً إذا كان زوال حالة
الإعسار القانونى قد تم بقوة القانون بانقضاء خمس سنوات ، فقد يبقى المدين بعد انقضاء هذه المدة
معسراً إعساراً فعلياً بعد زوال حالة الإعسار القانونى . بل إنه إذا كان زوال حالة الإعسار القانونى
قد تم بسبب كفاية أموال المدين للوفاء بجميع ديونه الحالية والمؤجلة ، أى إذا زال الإعسار القانونى
والإعسار الفعلى فى وقت واحد ، فإن المدين قد يعود إلى الإعسار الفعلى دون أن يشهر إعساره
القانونى .

والاعسار الفعلى . فان كان فى حالة إعسار قانونى ، فانه يكون خاضعاً للنظام الخاص الذى بسطنا تفصيلاته فيما تقدم . أما إذا كان معسراً إعساراً فعلياً فانه لا يكون خاضعاً لهذا النظام الخاص ، بل يخضع للنظام العام الذى يخضع له جميع المدينين ، وهو النظام الذى تسوده أحكام الدعاوى الثلاث : الدعى غير المباشرة والدعى البولصية ودعى الصورية .

فهرس مجمل

لمضموت الكتاب

صفحة

١ خطة البحث
١ إقامة نظرية الإلتزام على فكرة التصرف القانوني والواقعة القانونية
٦ الرجوع إلى التقسيم التقليدي : مصادر الإلتزام والإلتزام في ذاته

القسم الأول

الاثبات

١١ خطة البحث
----	-----------------

مقدمة

١٣	§ ١ — نظرة عامة في الإثبات
١٣	أولاً - تعريف الإثبات وأهميته ومكانه في القانون
١٣	١ (تعريف الإثبات وأهميته
١٦	ب) مكان الإثبات في القانون
٢٦	ثانياً - المبادئ الرئيسية التي تقوم عليها قواعد الإثبات
٢٧	١ (مبدأ النظام القانوني للإثبات
٣٠	ب) مبدأ حياد القاضي
٣٢	ج) مبدأ دور الخصوم الإيجابي — الحق في الإثبات
٤٦	§ ٢ — مسائل الإثبات
٤٦	أولاً - محل الإثبات
٤٦	١ (ما هو محل الإثبات
٥٧	ب) الشروط الواجب توافرها في محل الإثبات

صفحة	
٦٥	ثانياً — عبء الإثبات
٦٧	أ (عبء الإثبات من ناحية المبدأ
٧٧	ب (عبء الإثبات من ناحية التطبيق
٨٩	ثالثاً — طرق الإثبات
٨٩	أ (ما هي طرق الإثبات (سلطة الخصوم وسلطة محكمة النقض في شأنها)
٩٨	ب (تقسيم طرق الإثبات (تقسيمات خمسة)

الباب الأول

طرق الإثبات ذات القوة المطلقة الكتابة

١٠٥	الورقة والسند والتصرف
١٠٦	أنواع الأوراق وقوتها في الإثبات
١٠٨	الفروق ما بين الورقة الرسمية والورقة العرفية

الفصل الأول

الأوراق الرسمية

١١١	الفرع الأول — الشروط الواجب توافرها لصحة الورقة الرسمية ...
	المبحث الأول — صدور الورقة الرسمية من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة
١١٤	المبحث الثاني — اختصاص الموظف من حيث الموضوع ومن حيث المكان ...
١٢١	المطلب الأول — اختصاص الموظف من حيث الموضوع
١٢٦	المطلب الثاني — اختصاص الموظف من حيث المكان
١٢٩	المبحث الثالث — مراعاة الأوضاع التي قررها القسانون
١٣٥	المبحث الرابع — جزاء الإخلال بشرط من هذه الشروط
١٤٣	الفرع الثاني — حجية الورقة الرسمية في الإثبات
١٤٤	المبحث الأول — حجية الورقة الرسمية فيما بين الطرفين
١٥٤	المبحث الثاني — حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير
١٥٨	المبحث الثالث — حجية الورقة الرسمية فيما يتعلق بالصور

الفصل الثاني

الأوراق العرفية

الفرع الأول — الأوراق العرفية المعدة للإثبات	١٧٥
المبحث الأول — الشروط الواجب توافرها لصحة الورقة العرفية	١٧٦
المبحث الثاني — حجية الورقة العرفية في الإثبات	١٨٤
المطلب الأول — حجية الورقة العرفية فيما بين الطرفين	١٨٥
المطلب الثاني — حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير	١٩٦
أ (حجية الورقة بالنسبة إلى الغير من حيث صدورها عن وقع عليها	١٩٧
ب (حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير من حيث صحة الوقائع التي	
وردت بها	١٩٨
ج (حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير من حيث صحة التاريخ الذي	
تحمله الورقة	١٩٩
(أولاً) النصوص القانونية	٢٠٠
(ثانياً) من هو المقصود بالغير في تاريخ الورقة العرفية	٢٠٢
(ثالثاً) الأوراق العرفية التي تخضع لقاعدة ثبوت التاريخ	٢٣٤
(رابعاً) الطرق القانونية التي يصبح بها التاريخ ثابتاً	٢٣٨
المطلب الثالث — حجية الورقة العرفية فيما يتعلق بالصور	٢٤٦
الفرع الثاني — الأوراق العرفية غير المعدة للإثبات	٢٥٤
المبحث الأول — الرسائل والبرقيات	٢٥٥
المبحث الثاني — دفاتر التجار	٢٦٦
المطلب الأول — الدفاتر التجارية	٢٦٨
المطلب الثاني — قوة الدفاتر التجارية في الإثبات	٢٧٦
المبحث الثالث — الدفاتر والأوراق المنزلية	٢٨٣
المبحث الرابع — التأشير ببراءة ذمة المدين	٢٩٠
المطلب الأول — التأشير على سند في يد الدائن	٢٩٥
المطلب الثاني — التأشير على سند أو مخالصة في يد المدين	٣٠٣

الباب الثاني

طرق الإثبات ذات القوة المحدودة

البيئة والقرائن القضائية

اليمين المتبعة (إحالة)	٣١٠
تعادل البيئة والقرائن القضائية من حيث قوة الإثبات	٣١٠

الفصل الأول

البيئة والقرائن القضائية

٣١١ الفرع الأول - البيئة أو الشهادة
٣١١ المبحث الأول - أنواع البيئة
٣١٩ المبحث الثاني - سلطة القاضي الواسعة في تقدير البيئة
٣٢٤ المبحث الثالث - القواعد التي تتبع في سماع البيئة
٣٢٧ الفرع الثاني - القرائن القضائية
٣٢٩ المبحث الأول - عناصر القرينة القضائية وسلطة القاضي في تقديرها
 المبحث الثاني - تكييف القرائن بوجه عام وتحولها من قرائن قضائية إلى قرائن
٣٣٦ قانونية

الفصل الثاني

قوة البيئة والقرائن في الإثبات

٣٤٠ الفرع الأول - قوة الإثبات المطلقة للبيئة والقرائن
٣٤٠ المبحث الأول - الوقائع القانونية المادية
٣٤٩ المبحث الثاني - التصرفات القانونية التجارية
٣٥٤ لفرع الثاني - قوة الإثبات المحدودة للبيئة والقرائن
٣٥٦ المبحث الأول - القاعدة العامة
 المطلب الأول - لا تقبل البيئة والقرائن في تصرفات قانونية تزيد قيمتها
٣٦٩ على عشرة جنهات
٣٧٤ § ١ - تحديد التصرف القانوني
٣٧٨ § ٢ - تحديد قيمة الالتزام
٣٩٤ المطلب الثاني - لا تقبل البيئة والقرائن فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ...
٤١٢ المبحث الثاني - الاستثناءات
٤١٣ المطلب الأول - يبدأ الثبوت بالكتابة
٤١٧ § ١ - وجود ورقة مكتوبة
٤٢٧ § ٢ - صادرة من الخصم أو ممن يمثله
٤٣٥ § ٣ - تجعل المدعى به قريب الاحتمال
٤٤٦ المطلب الثاني - قيام المانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها

صفحة

٤٤٨	§ ١ — قيام المانع من الحصول على الكتابة
٤٥٠	(أ) المانع المادى
٤٦٠	(ب) المانع الأدبى
٤٦٥	§ ٢ — قيام المانع من تقديم الكتابة لفقدائها بسبب أجنبى

الباب الثالث

الطرق المعفية من الاثبات

الاقرار واليمين والقرائن القانونية

الفصل الاول

الإقرار

٤٧١	تعريف الإقرار بوجه عام
٤٧٤	صور الإقرار وشكله
٤٧٦	الإقرار غير القضائى
٤٨١	الإقرار القضائى
٤٨١	الفرع الأول — أركان الإقرار
٤٨٣	الركن الأول — اعتراف الخصم
٤٩٠	الركن الثانى — واقعة قانونية معترف بها
٤٩٢	الركن الثالث — أمام القضاء
٤٩٣	الركن الرابع — أثناء سير الدعوى
٤٩٦	الفرع الثانى — حجية الإقرار
٤٩٨	المبحث الأول — الإقرار حجة قاطعة على المقر
٥٠١	المبحث الثانى — الإقرار حجة قاصرة على المقر
٥٠٤	المبحث الثالث — التجزئة فى الإقرار

الفصل الثانى

اليمين

٥١٥	الفرع الأول — اليمين الحاسمة
٥١٩	المبحث الأول — توجيه اليمين الحاسمة

صفحة	
٥١٩	المطلب الأول — من يوجه اليمين الحاسمة
٥٢٩	المطلب الثاني — لمن توجه اليمين الحاسمة
٥٣٢	المطلب الثالث — متى توجه اليمين الحاسمة
٥٣٧	المطلب الرابع — موضوع اليمين الحاسمة
٥٤٧	المطلب الخامس — عدم جواز الرجوع في اليمين الحاسمة
٥٥١	المبحث الثاني — الآثار التي تترتب على توجيه اليمين الحاسمة
٥٥٢	المطلب الأول — حلف الخصم لليمين الحاسمة
٥٦١	المطلب الثاني — رد الخصم لليمين الحاسمة على خصمه
٥٦٦	المطلب الثالث — النكول عن اليمين الحاسمة
٥٧٠	المطلب الرابع — حجية اليمين الحاسمة
٥٧٣	الفرع الثاني — اليمين المتممة
٥٧٥	§ ١ — توجيه اليمين المتممة
٥٨١	§ ٢ — الآثار التي تترتب على توجيه اليمين المتممة
٥٨٧	§ ٣ — صور خاصة من اليمين المتممة
٥٨٨	يمين الاستيثاق
٥٩٢	يمين الاستظهار
٥٩٣	يمين التقويم

الفصل الثالث

القرائن القانونية وحجية الأمر المقضي

٥٩٧	الفرع الأول — القرائن القانونية
٥٩٩	المبحث الأول — ركن القرينة القانونية والمهمة التي تقوم بها هذه القرينة ...
٦٠٥	المبحث الثاني — حجية القرينة القانونية في الإثبات
٦٠٧	المطلب الأول — القرينة القانونية القاطعة أو المطلقة
٦٢٤	المطلب الثاني — القرينة القانونية غير القاطعة أو النسبية أو البسيطة ...
٦٣٠	الفرع الثاني — حجية الأمر المقضي
٦٣٠	تمهيد
٦٤٨	المبحث الأول — الشروط الواجب توافرها في الحكم
٦٤٨	المطلب الأول — حكم قضائي
٦٥٨	المطلب الثاني — حكم قطعي
٦٦٦	المطلب الثالث — التمسك بالحجية في منطوق الحكم لافى أسبابه
٦٧٥	المبحث الثاني — الشروط الواجب توافرها في الحق المدعى به

صفحة	
٦٧٦	المطلب الأول — اتحاد الحصوم
٦٨٩	المطلب الثاني — اتحاد المحل
٦٩٦	المطلب الثالث — اتحاد السبب

القسم الثاني

آثار الالتزام

٧١٧	تمهيد
٧١٧	(١) تنفيذ الالتزام
٧٢١	(٢) الالتزام الطبيعي والالتزام المدنى
٧٢٤	§ ١ — الالتزام الطبيعي
٧٢٦	أ — الحالات التى يقوم فيها الالتزام الطبيعى ...
٧٤٢	ب — الآثار التى تترتب على الالتزام الطبيعى ...
٧٥٥	§ ٢ — الالتزام المدنى

الباب الاول

التنفيذ العينى

٧٥٧	متى يكون التنفيذ العينى وكيف يكون
-----	---

الفصل الاول

متى يكون التنفيذ العينى

٧٥٨	النصوص القانونية
٧٥٩	شروط أربعة :
٧٦٠	الشرط الأول — أن يكون التنفيذ العينى ممكناً
٧٦١	الشرط الثانى — أن يطلب الدائن التنفيذ العينى أو يتقدم به المدين
	الشرط الثالث — ألا يكون فى التنفيذ العينى إرهاب للمدين أو يكون فيه إرهاب
٧٦٤	ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضرراً جسيماً
٧٦٦	الشرط الرابع — إغذار المدين (إحالة)

الفصل الثاني

كيف يكون التنفيذ العيني

٧٦٨	الفرع الأول - موضوع التنفيذ العيني
٧٦٨	المبحث الأول - الالتزام بنقل ملكية أو حق عيني آخر
٧٦٩	المطلب الأول - محل الالتزام شيء معين بالذات يملكه الملتزم
٧٧٤	المطلب الثاني - محل الالتزام شيء لم يعين إلا بنوعه
٧٧٨	المبحث الثاني - الالتزام بعمل
٧٧٩	المطلب الأول - الالتزام ببذل عناية
٧٨٢	المطلب الثاني - الالتزام بالتسليم
٧٨٨	المطلب الثالث - الالتزام بإنجاز عمل معين
٧٩٥	المبحث الثالث - الالتزام بالامتناع عن عمل
٧٩٩	الفرع الثاني - وسائل التنفيذ العيني
٨٠٠	المبحث الأول - الإكراه البدني
٨٠٤	المبحث الثاني - التهديد المالي
٨٠٧	المطلب الأول - شروط الحكم بالتهديد المالي وخصائصه وطبيعته وسنده القانوني
٨١٩	المطلب الثاني - أثر الحكم بالتهديد المالي

الباب الثاني

التنفيذ بطريق التعويض

٨٢٣	متى يكون التنفيذ بطريق التعويض
٨٢٤	التنفيذ بطريق التعويض يتناول كل التزام أيا كان مصدره
٨٢٥	وسائل تنفيذ التعويض
٨٢٥	كيفية تقدير التعويض

الفصل الأول

التعويض القضائي

٨٢٦	الفرع الأول - الإعذار
٨٢٦	النصوص القانونية

صفحة	
٨٣٠	معنى الإعذار
٨٣١	كيف يتم الإعذار
٨٣٤	الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار
٨٤٠	النتائج القانونية التي تترتب على الإعذار
٨٤٢	الفرع الثاني — تقدير القاضي للتعويض
٨٤٢	نوعا التعويض
٨٤٣	عناصر التعويض
٨٤٥	الضرر المباشر والضرر المتوقع الحصول
٨٤٦	تقدير التعويض بمبلغ من النقود
٨٤٧	شروط استحقاق التعويض
٨٤٨	الخطأ (إحالة)
٨٤٨	الضرر (إحالة)
٨٤٩	علاقة السببية (إحالة)
٨٤٩	التعديل الاتفاقى لقواعد المسؤولية (إحالة)

الفصل الثاني

التعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى

٨٥٣	الفرع الأول — شروط استحقاق الشرط الجزائى وتكييفه القانونى ...
٨٥٥	المبحث الأول — شروط استحقاق الشرط الجزائى
٨٦٠	المبحث الثانى — التكييف القانونى للشرط الجزائى
٨٦٧	الفرع الثانى — ما يترتب على الشرط الجزائى من الأثر
٨٧٠	المبحث الأول — متى يجوز تخفيض الشرط الجزائى
٨٧٧	المبحث الثانى — متى تجوز زيادة الشرط الجزائى

الفصل الثالث

التعويض القانونى أو الفوائد

٨٨٣	الفرع الأول — شروط استحقاق الفوائد
٨٨٧	§ ١ — الشروط التي تحدد منطقة استحقاق الفوائد
٨٩١	§ ٢ — شروط استحقاق الفوائد التأخيرية
٩٠٠	§ ٣ — شروط استحقاق الفوائد التعويضية

صفحة	
٩٠٣	الفرع الثاني — مقدار القوائد كما حددها القانون
٩٠٣	المبحث الأول — سعر الفائدة
٩١١	المبحث الثاني — جواز النزول عن الحدود المقررة وجواز الزيادة عليها
٩١٢	المطلب الأول — جواز النزول عن الحدود المقررة لسعر الفائدة
٩٢٦	المطلب الثاني — جواز الزيادة على الحدود المقررة لسعر للفائدة

الباب الثالث

أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته

ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان

٩٣٣	أموال المدين ضامنة لالتزاماته
٩٣٦	الطرق التحفظية والطرق التنفيذية
٩٤٠	طرق وسطى ما بين التحفظية والتنفيذية

الفصل الاول

الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة

٩٤٣	الفرع الأول — شروط الدعوى غير المباشرة
٩٤٥	المبحث الأول — الشروط التي ترجع إلى الدائن
٩٥٢	المبحث الثاني — الشروط التي ترجع إلى المدين
٩٥٨	المبحث الثالث — الشروط التي ترجع إلى الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين
٩٦٨	الفرع الثاني — الآثار التي تترتب على الدعوى غير المباشرة
٩٧٠	المبحث الأول — آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى المدين
٩٧٣	المبحث الثاني — آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى الخصم
٩٧٦	المبحث الثالث — آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى الدائن
٩٧٨	الفرع الثالث — الدعوى المباشرة
٩٨٠	المبحث الأول — حالات الدعوى المباشرة في التقنين الملقى المصري
٩٨٨	المبحث الثاني — الأساس القانوني والتصوير الفني للدعوى المباشرة

الفصل الثاني

الدعوى البولصية

الفرع الأول — شروط الدعوى البولصية	١٠٠٠
المبحث الأول — الشروط التي ترجع إلى الدائن	١٠٠٤
المبحث الثاني — الشروط التي ترجع إلى التصرف المطعون فيه	١٠٠٨
المطلب الأول — تصرف قانوني	١٠٠٩
المطلب الثاني — تصرف مفقود	١٠١٢
المطلب الثالث — تصرف قال في الوجود لحق الدائن	١٠٢٢
المبحث الثالث — الشروط التي ترجع إلى المدين	١٠٢٧
المطلب الأول — الإعسار	١٠٢٨
المطلب الثاني — الغش والتواطؤ	١٠٣٤
المبحث الرابع — التقادم في الدعوى البولصية	١٠٤٦
الفرع الثاني — الآثار التي تترتب على الدعوى البولصية	١٠٥٠
المبحث الأول — أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى الدائن	١٠٥٧
المبحث الثاني — أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين	١٠٦٦

الفصل الثالث

دعوى الصورية

الفرع الأول — تحديد الصورية	١٠٧٣
معنى الصورية وأنواعها : الصورية المطلقة والصورية بطريق التستر والصورية بطريق المضادة والصورية بطريق التسخير	١٠٧٣
شروط تحقق الصورية	١٠٧٧
تمييز الصورية عن حالات مشابهة	١٠٧٧
منطقة الصورية	١٠٧٩
الفرع الثاني — أحكام الصورية	١٠٨٠
المبحث الأول — أحكام الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلق العام	١٠٨٢
المبحث الثاني — أحكام الصورية بالنسبة إلى الغير	١٠٨٨
المبحث الثالث — الصورية من حيث الدعوى وطرق الإثبات	١١٠٥
§ ١ — من حيث الدعوى	١١٠٥
§ ٢ — من حيث طرق الإثبات	١١٠٨

صفحة

الفرع الثالث — مقارنة دعوى الصورية بكل من الدعوى البولصية	
والدعوى غير المباشرة	١١١٥
المبحث الأول — مقارنة دعوى الصورية بالدعوى البولصية	١١١٦
المبحث الثاني — مقارنة دعوى الصورية بالدعوى غير المباشرة	١١٢١

الفصل الرابع

الحق في الحبس

تمهيد — تكييف الحق في الحبس :	١١٢٤
كيف نشأ الحق في الحبس	١١٢٤
الحق في الحبس في القانون المدنى الفرنسى	١١٢٦
حق الحبس في التقنين المدنى المصرى السابق	١١٢٨
الحق في الحبس في التقنين المدنى المصرى الجديد	١١٣١
الفرع الأول — نشوء الحق في الحبس	١١٣٥
المبحث الأول — الشروط الواجب توافرها لنشوء الحق في الحبس	١١٣٧
الشرط الأول — دينان متقابلان	١١٣٨
الشرط الثانى — قيام الارتباط ما بين الدينين	١١٤٥
كيف يستعمل الدائن الحق في الحبس عند توافر شرطيه	١١٥٠
المبحث الثانى — تطبيقات على الحق في الحبس	١١٥١
المطلب الأول — تطبيقات منصوص عليها في القانون	١١٥٢
§ ١ — تطبيقات تقوم على الارتباط القانونى أو التبادلى	١١٥٢
§ ٢ — تطبيقات تقوم على الارتباط المادى أو الموضوعى	١١٥٦
المطلب الثانى — تطبيقات غير منصوص عليها في القانون	١١٦١
§ ١ — تطبيقات تقوم على الارتباط القانونى أو التبادلى	١١٦٢
§ ٣ — تطبيقات تقوم على الارتباط المادى أو الموضوعى	١١٦٩

الفرع الثانى — الآثار التى تترتب على الحق في الحبس

المبحث الأول — حقوق الحابس للعين	١١٧٤
المطلب الأول — علاقة حابس العين بمالكها	١١٧٤
المطلب الثانى — علاقة حابس العين بالغير	١١٧٩
المبحث الثانى — واجبات الحابس للعين	١١٨١

صفحة

١١٨٧ الفرع الثالث — انقضاء الحق في الحبس
١١٨٨ المبحث الأول — انقضاء الحق في الحبس بطريق تبعية
١١٩٠ المبحث الثاني — انقضاء الحق في الحبس بطريق أصل

الفصل الخامس

الإعسار

	تمهيد : الإعسار المدني والإفلاس التجارى — الإعسار فى التقنين المدنى
١١٩٨ السابق وفى التقنين المدنى الجديد :
١١٩٨ مقومات الإفلاس التجارى
١١٩٩ مقارنة بين الإفلاس التجارى والوسائل المدنية التى تقدم ذكرها.
١٢٠٢ الإفلاس التجارى والإعسار المدنى
١٢٠٣ الإعسار فى التقنين المدنى السابق
١٢٠٤ تنظيم الإعسار فى التشريعات الحديثة
١٢٠٧ تنظيم الإعسار فى التقنين المدنى الجديد
١٢١١ الفرع الأول — شهر حالة الإعسار
١٢١١ المبحث الأول — طرفا دعوى الإعسار
١٢٢١ المبحث الثانى — إجراءات دعوى الإعسار
١١٢٢ الفرع الثانى — الآثار التى تترتب على حالة الإعسار
١٢٢٩ المبحث الأول — بالنسبة إلى المدين
١٢٣٦ المبحث الثانى — بالنسبة إلى الدائنين
١٢٤١ الفرع الثالث — انتهاء حالة الإعسار
١٢٤٢ المبحث الأول — كيف تنتهى حالة الإعسار
١٢٤٦ المبحث الثانى — ما الذى يترتب على انتهاء حالة الاعسار



Bibliotheca Alexandrina



0566897